

# COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Homenaje a Rubén S. Stiglitz

---

Directores:

FULVIO G. SANTARELLI y DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: homenaje a Rubén S. Stiglitz / compilado por Fulvio G. Santarelli; Demetrio A. Chamatropulos; 1a ed. facsímil.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019.

976 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3758-4

I. Derechos del Consumidor. I. Santarelli, Fulvio G., comp. II. Chamatropulos, Demetrio A., comp. III. Título

CDD 346.07

Copyright © 2019 by La Ley S.A.

Tucumán 1471, 1050 Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Tirada: 1700

## ÍNDICE GENERAL

Palabras de presentación.....	XIII
Sobre algunas claves e innovaciones del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor	
<b>Gabriel A. Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D'Archivio, Carlos A. Hernández, María Belén Japaze, Leonardo Lepíscopo, Federico A. Ossola, Sebastián Picasso, Cósimo Gonzalo Sozzo, Carlos E. Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier H. Wajntraub .....</b>	1

## ÁMBITO DE APLICACIÓN

La categoría de consumidor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor	
<b>Sandra A. Frustagli .....</b>	23
La categoría “consumidor”	
<b>Waldo Sobrino .....</b>	33
Los consumidores hipervulnerables en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor	
<b>Sergio Sebastián Barocelli .....</b>	47
El Anteproyecto de reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. La noción de proveedor	
<b>Graciela Lovece .....</b>	61
De la legislación aeronáutica al proyecto de ley de defensa del consumidor (y viceversa)	
<b>Griselda D. Capaldo .....</b>	71

Transporte aéreo: un avance en la delimitación de las históricas excepciones de aplicación de la ley consumerista	
<b>Karina M. Barreiro</b> .....	87
Los profesionales liberales ante el derecho del consumidor. Comparación entre el régimen vigente y el propuesto	
<b>Demetrio Alejandro Chamatropulos</b> .....	95

## PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Principios de progresividad y no regresión en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor	
<b>José Sahián</b> .....	111
Orden público de protección e hipervulnerabilidad del consumidor	
<b>Segundo J. Méndez Acosta</b> .....	121
El derecho de acceso al consumo en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor	
<b>Laura Pérez Bustamante</b> .....	131
Incorporación expresa del principio de mercado transparente en materia de defensa del consumidor	
<b>Vanesa S. Jagou y María Carolina Abdelnabe Vila</b> .....	149
Principio de consumo sustentable: implicancias en relación con el deber de información y herramientas para su eficacia	
<b>Lorena González Rodríguez y Pamela Tolosa</b> .....	161
Respeto de la dignidad humana y principio antidiscriminatorio en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor	
<b>Juan Carlos Pandiella Molina</b> .....	179
Prevención de riesgos y precaución en el Anteproyecto de Reforma de Ley de Defensa del Consumidor	
<b>Adriana Bestani</b> .....	193

## DERECHOS Y DEBERES DE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES

La buena fe y el abuso del derecho por parte de los proveedores <b>Santiago J. Peral</b> .....	207
El acceso a la información pública en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: un nivel avanzado en materia de protección en las relaciones de consumo <b>Marcela I. Basterra</b> .....	221
La obligación general de informar en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor <b>Lorena V. Bianchi</b> .....	237
El deber de información en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor <b>Alejandra N. Tevez</b> .....	251
Los deberes de protección y seguridad en la regulación del Anteproyecto de la nueva Ley de Defensa del Consumidor <b>Marcelo C. Quaglia</b> .....	263
Los deberes de protección y seguridad a cargo del proveedor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor <b>Luis R. J. Sáenz</b> .....	273

## PRÁCTICAS ABUSIVAS

Restricciones a la libertad del consumidor que configuran prácticas abusivas <b>Julián E. Jalil</b> .....	283
La atención al usuario en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor <b>Daniel E. Moeremans</b> .....	291
Las prácticas abusivas del art. 26 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor <b>María Paula Arias y Julieta B. Trivisonno</b> .....	305

La responsabilidad derivada de las prácticas abusivas e ilícitas en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**Walter F. Krieger** ..... 327

## PROTECCIÓN CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR

Principios rectores de la protección del consumidor en el período antecontractual y contractual según el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**Noemí L. Nicolau** ..... 337

La oferta y la publicidad en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**Carlos M. Ibáñez** ..... 349

Protección contractual del consumidor: eficacia, ineficacia e incumplimiento

**Rafael F. Barreiro** ..... 365

## GARANTÍA POR VICIOS DE CALIDAD POR INADECUACIÓN Y SERVICIOS AL CONSUMIDOR

El régimen de garantía en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**Diego H. Zentner** ..... 381

Anteproyecto Ley de Defensa del Consumidor: el servicio técnico sobre cosas muebles

**Esteban J. Arias Cáu** ..... 389

Vicios ocultos y ruina en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**Fernando M. Colombres** ..... 409

Los servicios al consumidor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**Celia Weingarten** ..... 427

## CRÉDITO PARA EL CONSUMO Y TUTELA FRENTE AL SOBREENDEUDAMIENTO

El crédito para el consumo y tutela frente al sobreendeudamiento en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. La regulación de obligaciones cambiarias conexas

**Francisco Junyent Bas** ..... 437

El pagaré de consumo en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**María Valentina Aicega** ..... 463

## USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Reflexiones preliminares sobre los servicios públicos domiciliarios

**Enrique L. Suárez** ..... 483

## DAÑOS AL CONSUMIDOR

La prevención de daños en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**María Fabiana Compiani** ..... 495

La responsabilidad *in fieri* por daños en el ámbito de las relaciones de consumo

**Fulvio G. Santarelli** ..... 505

Daños causados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor

**Federico S. Carestia** ..... 515

La consagración de la responsabilidad por riesgo de desarrollo en la Ley de Defensa del Consumidor proyectada: una garantía al consumidor y a las generaciones futuras

**Lidia M. R. Garrido Cordobera** ..... 525

La sanción punitiva en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor	
<b>Jorge M. Galdós</b> .....	551
Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos	
<b>Matías Irigoyen Testa</b> .....	567

## POLÍTICAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DISEÑO INSTITUCIONAL

Políticas públicas de protección de los consumidores y usuarios (y su recepción en el reciente Anteproyecto de Ley)	
<b>Andrés F. Varizat</b> .....	581
Las asociaciones de consumidores en el Anteproyecto	
<b>Germán Müller</b> .....	591
El Consejo Federal de Consumo en el Proyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor	
<b>Leonardo Gianzone</b> .....	601

## DEFENSA ADMINISTRATIVA DEL CONSUMIDOR Y RÉGIMEN SANCIONATORIO

Aciertos y defectos formales reincidentes del procedimiento administrativo de defensa del consumidor	
<b>Luis D. Barry</b> .....	615
Actuaciones administrativas y esquema sancionatorio de los derechos de los consumidores y usuarios	
<b>Fernando C. Mumare y María Mumare</b> .....	627
El daño directo en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor	
<b>Cecilia C. Danesi</b> .....	641



## PROTECCIÓN JUDICIAL DEL CONSUMIDOR

La protección en juicio del consumidor individual: el Anteproyecto del 2018 <b>Rodolfo González Zavala</b> .....	653
El beneficio de justicia gratuita en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor <b>Martín Juárez Ferrer</b> .....	663
El “beneficio de justicia gratuita” en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (con especial referencia al caso de las asociaciones de consumidores). ¿Un avance en la materia? <b>Federico Sosa</b> .....	669
La intervención del Ministerio Público Fiscal en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor <b>Gabriela Boquin y Gonzalo M. Rodríguez</b> .....	687
Atribuciones judiciales en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor <b>Caren Kalafatich</b> .....	695
Procesos colectivos de consumo en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor <b>Leandro M. Castelli y Alejo M. Gascón</b> .....	703

## PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

Prescripción liberatoria en las relaciones de consumo. Avances y retrocesos <b>Marcelo Rubinstein</b> .....	715
--	-----

## VINCULACIONES ENTRE DERECHO DEL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Vinculaciones entre Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia <b>Miguel del Pino</b> .....	731
--	-----

Vinculaciones entre Derecho del Consumidor, Defensa de la Competencia y Lealtad en la Competencia en el derecho comparado. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de la nueva Ley de Defensa del Consumidor en Argentina <b>Emilio García R. , Julián Ramírez y Jorge Ruiz .....</b>	741
--	-----

## DERECHO COMPARADO

Análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor a la luz del derecho europeo: conceptos, principios y régimen de responsabilidad por daños <b>Jorge Morais Carvalho y Araya Alicia Estancona Pérez .....</b>	757
Análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor desde las normas del Mercosur <b>Martina L. Rojo .....</b>	773
Análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentino desde la perspectiva del Mercosur <b>Luciane Klein Vieira .....</b>	789
Los contratos conexos en el derecho comparado francés y argentino <b>Sarah Bros .....</b>	805
La protección de los consumidores en Alemania: breve panorama <b>Álvaro J. Pérez Ragone .....</b>	813
Análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor desde el derecho anglosajón <b>Ezequiel N. Mendieta .....</b>	825
La prescripción extintiva en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentino y en la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores chilena <b>Erika Isler Soto .....</b>	841

## Índice general

Una mirada desde el derecho chileno al consentimiento inequívoco y los acuerdos extrajudiciales supraindividuales	
<b>Francisca Barrientos Camus</b> .....	849
El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentina: aportes desde una mirada uruguaya	
<b>Arturo Caumont , Santiago Mirande, Juan José Martínez Mercadal y Martín Rodríguez Pelle</b> .....	861
Principio precautorio, protección de consumidores y obligación de informar en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor	
<b>Andrés Mariño López</b> .....	883

## ANEXO

Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor .....	901
---	-----



## Palabras de presentación

---

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (ALDC), elevado el 6 de diciembre de 2018 ante las autoridades del Ministerio de Producción y Trabajo y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (ambos de la Nación), generó una grandísima repercusión a los pocos días de su presentación en público, lo cual no es muy habitual en trabajos de estas características que no han llegado todavía al Parlamento.

Ello nos obligó a pensar y, sobre todo, a actuar rápidamente convocando, con vocación pluralista, a distintos especialistas en la materia de distintos puntos del país y del exterior para analizar sus aspectos principales.

En opinión estrictamente personal de los firmantes de estas palabras de presentación, se trata de una propuesta de norma de alta calidad técnica que ha utilizado una metodología muy acertada. Además de ello, entrega una respuesta concreta a prácticamente todos los temas controvertidos que presenta el Derecho del Consumidor hoy. En dicho sentido, se “hace cargo” de ese desafío con valentía, aun cuando puedan existir lógicos desacuerdos con la solución allí entregada que no es del caso comentar aquí.

Fuera de ello, es de destacar también el trabajo de armonización realizado para uniformar las características de este producto, lo cual es doblemente meritorio si se tiene presente que han participado doce personas como miembros de la Comisión Reformadora. Cuando uno lee y releo el texto, es indiscutible observar la cantidad de horas de trabajo que requirió. Tampoco se puede dejar de resaltar la precisa y prolija redacción.

Afortunadamente, la gran mayoría de los invitados respondió afirmativamente y entregó trabajos de alta calidad, sacrificando en muchos casos su tiempo de vacaciones y descanso (piénsese que esto se gestó entre enero y febrero de 2019).

Dado que esos artículos hablarán por sí mismos, queda solamente mencionar que se encontrarán aquí más de 60 trabajos que, con distintas visiones, se encargan de arrojar luz sobre cada tema explicado, a lo largo de casi mil páginas.

Es nuestro sincero deseo que esta edición especial, de vocación pluralista y federal en donde hemos intentado que todas las posturas queden plasmadas, sea de utilidad no solo para los lectores sino también para quienes tendrán la responsabilidad de analizarlo y debatirlo próximamente en el Congreso de la Nación.

Por otra parte, decidimos que era más que oportuno que esta obra sea en homenaje a Rubén Stiglitz (“Lito”) quien dejó de acompañarnos en 2018 y fue no solo una de las máximas figuras de la materia en Latinoamérica, sino también de los más activos trabajadores cada vez que había que poner manos a la obra y escribir una propuesta legislativa, no solo sobre Derecho del Consumidor sino también sobre Contratos y Seguros. Esta tarea la llevó adelante siempre con excelencia y ale-

gría contagiosa. Desde algún lugar estará mirando seguramente complacido y con una sonrisa este Anteproyecto en el cual participaron muchos de sus amigos y ni más ni menos que su hijo Gabriel.

Queremos agradecer muy especialmente a todas las plumas que se sumaron con todo el entusiasmo a este proyecto colectivo desde el inicio, poniéndolo como prioridad en sus agendas de trabajo. Estamos muy contentos por el resultado de este trabajo en equipo.

Creemos que el Anteproyecto tiene muchísimas chances de transformarse en ley, pero, si no fuese el caso, seguirá siendo tremendamente útil y consultado, pues ya se ha transformado en una fuente o punto de partida obligado para cualquier propuesta normativa o estudio que se realice para la protección de los consumidores en el futuro.

**FULVIO G. SANTARELLI y DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS**

# Sobre algunas claves e innovaciones del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

GABRIEL A. STIGLITZ, FERNANDO BLANCO MUIÑO, MARÍA EUGENIA D'ARCHIVIO, CARLOS A. HERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN JAPAZE, LEONARDO LEPÍSCOPO, FEDERICO A. OSSOLA, SEBASTIÁN PICASSO, CÓSIMO GONZALO SOZZO, CARLOS E. TAMBUSI, ROBERTO VÁZQUEZ FERREYRA Y JAVIER H. WAJNTRAUB (\*)

## I. Introducción

El pasado 6 de diciembre de 2018 elevamos ante las autoridades del Ministerio de la Producción y Trabajo y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos —ambos de la Nación— el “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor” (1).

Aunque su cuerpo normativo —de ciento ochenta y seis artículos— fue acompañado de “Fundamentos” que explican el sentido y finalidad de las reformas que se proponen, hemos querido enfatizar, en oportunidad de la publicación de la obra “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, sobre algunos aspectos en línea con lo oportunamente expresado.

Así, y a modo introductorio, destacamos ciertas claves e innovaciones que a nuestro parecer resultan relevantes en el “Anteproyecto”:

---

(\*) Los autores son integrantes de la Comisión rectora del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, creada en el marco de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, y del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Tal como se sostuvo en ocasión de la nota de elevación, se deja constancia que el “Anteproyecto” es un producto colectivo que deja a salvo las opiniones personales de sus integrantes.

(1) El mismo puede consultarse en la “edición especial” del diario *La Ley*, correspondiente al 17 de diciembre de 2018.

1) reforma de modo integral la ley 24.240, aunque preservando un número importante de sus disposiciones a fin de consolidar la experiencia habida sobre la materia;

2) dota al ordenamiento jurídico argentino de un instrumento eficaz para las exigencias que presenta el siglo XXI, valiéndose no solo de reglas sino también de principios. La metodología es coherente con la flexibilidad de respuestas que reclama el tiempo actual;

3) potencia el diálogo de fuentes, evitando la reiteración y solapamiento de regímenes entre el Código Civil y Comercial, la Ley de Defensa del Consumidor y otras normas generales y especiales de relevancia;

4) protege de modo diferenciado a los sectores sociales hipervulnerables, tales como las niñas; los niños y adolescentes; las personas mayores y con discapacidad, respondiendo al mandato de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos;

5) resuelve áreas de vacancia, que responden en gran medida al impacto de la tecnología y a la evolución de las prácticas comerciales, como también a la necesidad de resultar eficaces en la protección del consumidor;

6) potencia a la educación como política pública transformadora;

7) reconoce a la prevención como horizonte general. El “Anteproyecto” —en sintonía con

el Código Civil y Comercial— procura generar una cultura de la prevención, siendo ejemplos paradigmáticos las reglas proyectadas acerca de la “información” del consumidor y del “sobrendeudamiento”;

8) responde a las exhortaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a consagrar normas en materia de acciones colectivas;

9) consagra mejoras en lo que concierne a los trámites administrativos y a los procesos judiciales, en línea con los intensos reclamos sociales sobre la materia;

10) propende a consagrar la máxima “seguridad jurídica” en las relaciones de consumo para todos los involucrados. Ello exige: evitar que los consumidores sean burlados en sus derechos fundamentales y que las empresas que se ajustan a las pautas de calidad y responsabilidad empresarial encuentren una ventaja comparativa en el mercado por el despliegue de buenas prácticas respecto de aquellas que las violentan ostensiblemente;

11) actualiza el régimen sancionatorio estableciendo como unidad el salario mínimo, vital y móvil;

12) institucionaliza el Consejo Federal del Consumo (CO.FE.DEC) y el Consejo Consultivo de los Consumidores;

13) crea una autoridad nacional de aplicación de defensa del consumidor (ANCON), como organismo autárquico y descentralizado;

14) fija los marcos legales de imposición de daño directo en sede administrativa;

15) establece los criterios de aplicación judicial de sanción punitiva por grave menosprecio hacia el consumidor, entre muchos otros.

Sobre algunos de estos tópicos habremos de explayarnos a continuación.

## **II. Reforma integral de la ley de defensa del consumidor**

### ***II.1. Razones para una reforma integral. Sistematización. Constitucionalización***

El “Anteproyecto” propone la reforma integral de la ley 24.240, de defensa del consumidor, por

diversas razones que pasaremos a explicar. Sin perjuicio de ello, se han preservado las instituciones básicas y un número importante de las disposiciones vigentes, a fin de consolidar la experiencia habida sobre la materia.

El primer motivo de la reforma integral es que el derecho del consumidor, en la Argentina, desde su nacimiento, constituyó normativamente un sistema especial no integrado, por la sencilla razón de que la ley 24.240 (1993) precedió a la consagración constitucional a través de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional (incorporados en el año 1994).

De modo que la constitucionalización del derecho del consumidor se fue construyendo de manera asistemática, a través de normativas aisladas posteriores a 1994 (especialmente en los años 2008 y 2015).

Esencialmente la regulación sobre defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial completó sistémicamente, en función del diálogo de fuentes, ese proceso de constitucionalización y la contextualización, dentro del marco de los tratados internacionales de derechos humanos y de derechos económicos, sociales y culturales.

Hoy, este “Anteproyecto” de reforma integral de la ley nacional 24.240 de defensa del consumidor permite completar la sistematización del régimen, aun partiendo del texto vigente, en cuya tradición se inscribe, rescatando la experiencia de su aplicación y funcionamiento. Y, definitivamente, dentro del marco de constitucionalización y convencionalidad.

### ***II.2. Actualización del régimen***

La ley 24.240, si bien en 1993 fue ciertamente revolucionaria del derecho argentino, nació algo desactualizada en razón de la demora del trámite parlamentario y el ulterior veto presidencial.

Siendo que sus principales fuentes provenían de los años 1984 (ley general española de defensa de los consumidores y usuarios), 1986 (Proyecto del senador nacional Luis León) y 1989 (Anteproyecto Alterini - López Cabana - Stiglitz. G.), ocurrió que su sanción se alejó



hasta casi diez años de la fecha de las mencionadas fuentes. Y no llegó a tomar en cuenta el antecedente del Código brasileño de defensa del consumidor (1991), sancionado entretanto, con varios contenidos más modernos.

Dicha desactualización fue conduciendo a sucesivas reformas legislativas, dispersas, muy parciales, que profundizaron la carencia de un sistema integral. Y si bien algunas de ellas generaron modificaciones positivas (especialmente las emergentes de la ley 24.999 de 1998 y de la ley 26.361 de 2008), otras padecieron de deficiencias técnicas serias (v.gr., algunos contenidos de la misma ley 26.361).

Siempre estuvo pendiente, entonces, una actualización completa de la ley especial, sólida técnicamente y que a su vez sea verdaderamente sistemática, como la que ahora se propone a través del “Anteproyecto”.

### ***II.3. Diálogo de fuentes. Código Civil y Comercial y reformas a la ley especial***

Un primer paso en los sentidos expresados ya provino en 2015, a partir de la incorporación de la defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial. Generó un sistema basado en el diálogo de fuentes entre el propio Código y la ley especial 24.240, tomando a la Constitución Nacional como norte.

Sin embargo, la concreción de un sistema verdaderamente integral requiere de una reforma legislativa como la que propone nuestro “Anteproyecto”, que regula todo el espectro de marcos generales: derechos, políticas, principios, instituciones y, al mismo tiempo:

a) redobra la actualización, consagrando perspectivas inéditas, como la ambiental, de género, etcétera,

b) y profundiza los niveles protectorios, definiendo tutelas especiales, particularmente en casos de hipervulnerabilidad, sobreendeudamiento, acceso al consumo, entre otras.

### ***II.4. Normativas novedosas. Soluciones concretas***

Finalmente y al igual que lo hizo el Código Civil y Comercial, el “Anteproyecto” propone

completar el sistema normativo a través de soluciones novedosas y concretas para dotar al ordenamiento jurídico argentino de un instrumento eficaz para las exigencias actuales y resolver las áreas de vacancia de la ley 24.240.

Entre otras normativas novedosas, destacamos aquellas que conciernen a:

a) consumidores hipervulnerables, acceso al consumo, consumo sustentable, principio de precaución, antidiscriminatorio, políticas de protección, acceso a la información, deberes del Estado;

b) nuevas prácticas comerciales calificadas como abusivas, conexidad contractual, portales electrónicos, sobreendeudamiento del consumidor, pagarés de consumo, prevención de daños, riesgos de desarrollo;

c) creación de una autoridad nacional autárquica y descentralizada, y recepción legislativa del Consejo Nacional de Consumo;

d) acceso a la justicia (v.gr., competencia territorial);

e) Finalmente, en relación con normativas incorporadas por el Código Civil y Comercial de la Nación, que generaron interpretaciones doctrinarias diferentes no zanjadas aún por la jurisprudencia, se resuelven con claridad, por ejemplo:

- la prescripción liberatoria (art. 183 del Anteproyecto);

- los alcances de la figura del consumidor expuesto (arts. 2º, 19 y concs.);

- las indemnizaciones del “daño directo” en sede administrativa (arts. 150 y ss.).

Y, asimismo, se insiste a través de este Anteproyecto con soluciones que proponía la Comisión del Código Civil y Comercial, pero fueron frustradas por el Poder Ejecutivo o la Bicameral parlamentaria, tales como, mejorar técnicamente el régimen de las sanciones punitivas (art. 118) y concretar la regulación de los procesos colectivos (arts. 171 y ss.).

### III. La significación de los principios

#### III.1. *Hacia una sistematicidad a través de los principios*

Como se señaló anteriormente, uno de los objetivos del “Anteproyecto” ha sido contribuir a dotar al derecho del consumidor de una mayor sistematicidad.

Para lograr este objetivo es central: a) establecer cuáles son los principios del subsistema de protección al consumidor, y b) consagrar un método para que los operadores del campo legal puedan trabajar garantizando la coherencia sistémica de las soluciones a las que arriban en los casos concretos. En otras palabras, es necesaria una sistematicidad estructural y una sistematicidad dinámica.

Por ello el “Anteproyecto” regula de manera robusta una serie de principios que hacen a la sistematicidad estructural y el método del diálogo de las fuentes que garantiza el funcionamiento sistémico.

En razón de esta voluntad de dotar al derecho del consumidor de mayor nivel de sistematicidad se emplea en el “Anteproyecto” la expresión “sistema de protección del consumidor” (título primero, art. 5º) que comprende el derecho del consumidor y la política de protección del consumidor.

La sistematicidad tiene una enorme importancia práctica, pues evita respuestas que no obedecen a la racionalidad del sistema y, al mismo tiempo, posibilita la construcción de respuestas previsibles a problemas no contemplados originariamente.

#### III.2. *La relevancia práctica de los principios*

Los principios son directrices o “mandatos de optimización”; ideas generales que marcan el curso de la acción de quien decide: proteger el ambiente y al consumidor; atender al interés superior del niño, niña o adolescente, etc. Por el mismo motivo, no se realizan en los hechos jamás en un ciento por ciento, sino que solo se tiende a ello.

Los principios cumplen una serie de funciones en la dinámica cotidiana de un sistema:

cumplen una función informadora y una función jurigenética; sirven para la integración supletoria; satisfacen una función correctora; posibilitan la integración, pero, fundamentalmente, son una poderosa herramienta argumental.

En conjunto, los principios permiten entrever el paradigma jurídico que subyace a una regulación. Dicho de otra manera, los principios determinan cuál es la racionalidad, es decir, la manera de pensar los problemas, casos y conflictos.

Es por ello que también se traducen en un modelo de decisión de los casos que orienta a abogados y jueces; en su conjunto responden a la pregunta acerca de: ¿cuál es el enfoque o perspectiva con la cual se debe abordar el caso?

El listado de principios que se recogen en el art. 5º constituye una expresión de una convergencia de factores:

a) la cada vez más tangible proximidad entre el derecho ambiental y el derecho del consumidor respecto de la agenda de objetivos;

b) la creciente imbricación entre la perspectiva de los derechos humanos y el derecho del consumidor;

c) el compromiso con agendas como la de la perspectiva de género (arts. 5.10, 21, 45 y 47.8), la protección de niños niñas y adolescentes (arts. 3º, 21, 45), entre otras;

d) la deferencia con el derecho internacional y en particular con el derecho internacional de los derechos humanos, y

e) la necesidad de responder a un modelo de derecho del consumidor sudamericano que tiene importantes rasgos identitarios.

#### III.3. *La vulnerabilidad estructural en el mercado como presupuesto*

La norma comienza por reconocer que los consumidores tienen una posición de vulnerabilidad estructural en el mercado conforme lo sostiene la doctrina del derecho del consumidor y algunas importantes regulaciones nacionales de la región de Sudamérica como el Código de Defensa del Consumidor de Brasil

(art. 4.I) y el Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú (ley 29.571) en su título preliminar (art. VI.4).

En definitiva, la vulnerabilidad del consumidor en el mercado es un presupuesto del sistema normativo de protección del consumidor y, en particular, del principio de protección.

### **III.4. Análisis de los principios**

#### *III.4.1. Principios de progresividad y no regresión*

El principio de progresividad proviene del derecho internacional de los derechos humanos; en particular, ha sido desarrollado con motivo de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.1), como la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (art. 26) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) consagran este principio de progresividad, entendido como un principio de puesta en práctica gradual o paulatina. Su fundamento reside en que para ponerlos en funcionamiento y realizar los derechos económicos y sociales es necesaria una fuerte inversión de recursos que no permite una implementación de estos derechos de un momento a otro.

Los tribunales han entendido que lleva ínsita una prohibición de retroceso; la idea es que si siempre debe avanzarse en la implementación, ello implica que no puede retrocederse. Surge así el “principio de no regresión” como la contracara de la progresividad.

En el texto se reconocen los dos subtipos más importantes de retroceso: el retroceso regulatorio y el retroceso en la implementación.

Estos principios han sido exportados al derecho ambiental bajo el fundamento de que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una fuerte imbricación; el mismo fundamento permite su exportación al ámbito del derecho del consumidor.

#### *III.4.2. Principio de orden público de protección*

Se señala expresamente que el carácter de orden público de las normas del sistema de pro-

tección del consumidor se funda en el principio de protección (art. 42, CN).

Se encuentra en línea con la tradición del derecho del consumidor argentino que siempre ha reconocido este principio (art. 65, ley 24.240).

La segunda parte del párrafo que enuncia este principio trae una regla derivada del mismo principio, que reviste particular importancia, y según la cual “No es válida la renuncia anticipada de los derechos del consumidor, cualquiera sea su modalidad”; una regla similar existe en Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario de Paraguay (art. 2º) y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de España (art. 10).

#### *III.4.3. Principio de acceso al consumo*

En sintonía con el Código Civil y Comercial que expresa una fuerte preocupación por la cuestión del acceso en general y al consumo en particular (art. 1094, Cód. Civ. y Com.), y con las “Directrices para la Protección del Consumidor” de la Asamblea General de Naciones Unidas (art. III.4.a) se introdujo este principio.

El acceso al consumo tiene diferentes contenidos: uno es permitir a los consumidores “participar” del mercado, otro es poder elegir libremente, para lo cual la transparencia en materia de calidad y precios son claves. Resolver el problema del acceso no implica solamente garantizar el consumo de bienes sino, como destaca la norma propuesta, de bienes de calidad.

#### *III.4.4. Principio de transparencia de los mercados*

El texto reconoce como antecedente al Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú (título preliminar, art. V.3), y está en armonía con el Código Civil y Comercial en cuanto las establece para las condiciones de la contratación bancaria.

Es una manifestación de esta directriz la integración en la política de protección del consumidor (art. 28) con las reglas de lealtad comercial y defensa de la competencia.

Este principio tiene aplicaciones concretas en el texto del “Anteproyecto”, por ejemplo, la posi-

bilidad de anular el contrato si se transgreden las reglas de defensa de la competencia y lealtad comercial (art. 41), o considerar prácticas abusivas al hecho de condicionar la adquisición de un producto o servicio a la adquisición de otro (art. 22.2).

#### III.4.5. Principio de consumo sustentable

El sistema de protección del consumidor, de conformidad con el derecho internacional ambiental y las directrices de la ONU para la protección del consumidor, impulsa la protección ambiental y, en particular, el consumo y la producción sustentable, en función de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Para ello, entre otras medidas, favorece la minimización del uso de materias primas no renovables y energías no renovables, así como la generación de la menor cantidad de residuos y el aumento del uso de energías o materias primas renovables o producto del reciclaje.

La norma que formula este principio reconoce expresamente que sus fuentes principales son la “Agenda 21”, las “Directrices para la Protección del Consumidor” de la Asamblea General de Naciones Unidas; la Directriz Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (definición adoptada por la tercera sesión de la Comisión para el Desarrollo Sostenible (CSD III) en 1995 - art. III.4.i). El Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) define al consumo sustentable diciendo que es “... la comercialización de productos y servicios que atiendan a las necesidades básicas, proporcionando una mejor calidad de vida en cuanto minimizan el uso de recursos naturales y materiales tóxicos como también la producción de residuos y la emisión de sustancias que polucionan en el ciclo de la vida del producto o servicio, teniendo en miras no colocar en riesgo las necesidades de las futuras generaciones”. Es decir, que se trata de no comprometer con el desarrollo económico y consumo presente las posibilidades (ambientales) de las generaciones futuras, y para ello debe considerarse la minimización en el uso de energías y recursos naturales, elementos contaminantes y desechos.

El consumo sustentable ya tenía carta de ciudadanía en el derecho del consumidor argentino,

pues la ley 26.361 había introducido la idea (arts. 43, inc. a), y 60); ahora se lo jerarquiza de modo que funcione como una directriz general que permee las diferentes instituciones.

Tiene importantes manifestaciones. Así, es objeto:

- del deber de información a cargo del Estado (art. 10) y de la obligación de generar información de interés para la seguridad de los consumidores (art. 11);
- de la obligación general de informar a cargo del proveedor (art. 12);
- de los contenidos de la educación para el consumo (art. 33).

Asimismo, puede:

- dar lugar a una publicidad abusiva (art. 45);
- generar declaraciones de abusividad de cláusulas contractuales (art. 47).

#### III.4.6. Principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad

Este principio marca la existencia de una protección diferenciada y especialmente acentuada para defender a grupos que ya han sido identificados como especialmente vulnerables, principalmente en el campo de los derechos humanos.

Se emplea la terminología del Código Civil y Comercial (arts. 594; 595, inc. f), 657).

El principio presenta una marcada transversalidad en el “Anteproyecto”; en tal sentido:

- a) se recepta la categoría de los consumidores hipervulnerables en el art. 3º; el texto reconoce pluralidad de antecedentes. A nivel nacional puede verse al despacho I.I, párrafo segundo —aprobado por unanimidad— de la Comisión 8 “Consumidor: La categoría jurídica de consumidor” de la XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, octubre de 2011), que textualmente recomienda que “Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la anciani-

dad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio” (<http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/02/Ed-antiores-27-XXIII-Jornadas-2011.pdf>). En el derecho comparado latinoamericano un ejemplo paradigmático resulta el Código del Consumidor de Brasil (art. 39). En Europa, resulta un antecedente relevante el Reglamento 254 del 26 de febrero de 2014.

b) se reconoce una regla específica para la atención prioritaria al público (art. 24);

c) se consagra una regla específica en materia de publicidad abusiva (art. 45) que complementa la regulación del Código Civil y Comercial (art. 1101, inc. c).

#### *III.4.7. Principio de respeto de la dignidad de la persona humana*

En línea con el Código Civil y Comercial (arts. 51, 279, 1004, 1097) se establece que el respeto de la dignidad humana es un principio del sistema normativo de protección del consumidor.

La referencia a esta idea importa una remisión y conexión con los derechos humanos, pues es el concepto basal, la piedra angular sobre la que se apoyan los derechos humanos llamados de “segunda generación”, por ello, la norma propuesta dice “conforme a los criterios generales que surgen de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos”.

En el derecho del consumidor sudamericano, la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario de Paraguay (art. 1º) destaca la misma directriz.

Este principio tiene manifestaciones expresas en el “Anteproyecto”, en:

a) las condiciones de atención al público y trato a los consumidores deben asegurar la dignidad del consumidor (art. 23);

b) las prácticas comerciales, en donde tampoco se puede perforar el umbral de la dignidad humana (art. 20);

c) la tarea judicial de integración del contrato, donde el principio de dignidad debe ser especialmente considerado (art. 37).

#### *III.4.8. Principio de prevención de riesgos*

Se delimita con claridad el presupuesto de hecho de funcionamiento del principio de prevención; para ello se adopta la idea universalmente aceptada: “probabilidad” acreditada de que una amenaza acaezca, es decir, la existencia de un riesgo derivado de un bien de consumo que afecta a los consumidores.

La fuente principal es el art. 42 de la CN; en la misma línea, el Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú (título preliminar, art. 1.1.a); las “Directrices para la Protección del Consumidor” de la Asamblea General de Naciones Unidas; la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de España (art. 8.a).

Introducir el principio de prevención implica adoptar el paradigma de la seguridad del producto y los servicios como se hace en la Unión Europea, reforzando la idea de que el sistema de protección del consumidor se apoya en la seguridad de los bienes de consumo.

Por esta razón se da un tratamiento *in extenso* al deber de los proveedores de garantizar la seguridad del consumidor (art. 17), y se generan deberes específicos de información (art. 12).

De modo concordante con la introducción de la función anticipatoria del daño en el Código Civil y Comercial, el “Anteproyecto” regula el principio de prevención de riesgos diferenciándolo del principio precautorio. La existencia del riesgo habilita las vías para plantear la pretensión preventiva que se regula en el Código Civil y Comercial, ámbito al cual reenvía este “Anteproyecto” (art. 107) y se incluye expresamente la posibilidad de que los procesos colectivos tengan por objeto la prevención (art. 175.1).

#### *III.4.9. Principio de precaución*

La fuente es el art. 4º de la ley 25.675 y el principio 15 de la Declaración de Río de 1992.

Se establece como núcleo del principio de protección la existencia de una “controversia científica” y, más ampliamente, cuando exista una “incertidumbre científica” en torno a la existencia y magnitud de la amenaza, que deberá ser objeto de prueba; con lo cual el presupuesto de

hecho de aplicación del principio queda claramente delimitado.

La idea directriz de actuar precautoriamente frente a incertidumbres científicas es de vital importancia en relación con los productos elaborados y servicios y consumidores, y complementa la regulación de la prevención de riesgos.

La seguridad del producto comprende la inexistencia de incertidumbres científicas, y las incertidumbres existentes son objeto del deber de información (arts. 10.1 y 12).

#### *III.4.10. Principio antidiscriminatorio*

Son fuentes el derecho a la igualdad reconocido en la Constitución Nacional; el art. 1098 del Código Civil y Comercial; la ley 23.592, y el Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú (título preliminar, art. 1.1.d).

Más allá de que la existencia del principio permite, recurriendo a sus funciones de integración supletoria y jurigenética, obtener respuestas concretas a situaciones de discriminación en las relaciones de consumo, se tipifican una importante cantidad de hipótesis concretas que refieren, por ejemplo, a niños, niñas y adolescentes o a mujeres.

El principio tiene manifestaciones concretas. Por ejemplo:

a) Se tipifican como prácticas comerciales abusivas las que implican discriminación (arts. 19 y 21);

b) Se califican como publicidades abusivas a las publicidades discriminatorias (art. 45);

c) Se juzgan como cláusulas abusivas, a las discriminatorias (art. 47);

d) Los proveedores deben atender prioritariamente a los consumidores hipervulnerables (arts. 3º y 24).

#### *III.5. La sistematicidad dinámica a través del dialogo de las fuentes*

La voluntad de dotar al derecho del consumidor de un funcionamiento sistémico adecuado se trasluce centralmente en la adopción, en

línea con el Código Civil y Comercial (arts. 1º y 1094), del método del diálogo de las fuentes (art. 28).

El “diálogo de fuentes” es una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno, que se basaba en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad o de jerarquía.

La tesis fue desarrollada originalmente por el profesor de la Universidad de Heilderberg, Erik Jayme, en su curso de 1995 en la Academia de Derecho Internacional de la Haya en relación con el derecho internacional privado.

La traspolación de la teoría al derecho privado ha sido una elaboración muy importante que se debe a Claudia Lima Marques —que ha escrito diversos y muy profundos textos al respecto—, dándole un importante grado de avance e impulso al diseño de la teoría en el derecho privado con motivo de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil de Brasil, y la necesidad de prever los efectos sobre el Código de Defensa del Consumidor. La doctrina y la jurisprudencia de Brasil se han apropiado de la teoría y la han aplicado a numerosos casos concretos.

Según la postura del diálogo de fuentes, el sistema es complejo producto de la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias; por ello, unas reglas de resolución de conflictos normativos, que hicieran prevalecer unas por sobre otras, equivaldría a una pérdida de riqueza por disminución de la diversidad que es uno de los valores de las sociedades contemporáneas.

Por esta razón, el objetivo que se propone el diálogo de fuentes y sus reglas derivadas, para el caso de conflictos normativos, es poner en práctica una labor de “coordinar las fuentes,” es decir, integrar las diferentes fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto.

El diálogo de fuentes tiene como resultado —aunque no en todos los casos—: la aplicación de dos o más reglas de manera complementaria que constituyen “la regla del caso”.

En la norma que proyectamos se identifican con precisión cuáles son los campos normativos que dialogan: la Constitución Nacional, los

Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte y, en particular, las declaraciones y convenciones relativas a derechos humanos, esta ley, y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo, dando cuenta así de la existencia de un inevitable proceso de fragmentación de la ley como fuente.

Se profundizan algunos aspectos de este método:

a) se aclara que la doctrina y la jurisprudencia contribuyen al diálogo de las fuentes;

b) se establece expresamente que es un deber de los jueces “integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema”, explicando así que no es una opción más;

c) la finalidad del diálogo es “armonizar” las fuentes;

d) el principio general debe conducir a la construcción del ejercicio y armonización del mandato constitucional de “maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego”, entre ellos, el de proteger al consumidor.

#### **IV. La protección contractual del consumidor**

##### ***IV.1. Estructura e innovaciones en la teoría del contrato***

Como se expresa en los “Fundamentos” que acompañan la presentación del “Anteproyecto”, los avances propiciados por el Código Civil y Comercial en materia de contratos de consumo imponían que normas aquí propuestas se articularan con aquellas, en una integración armónica y que resguardara la coherencia del sistema.

Las disposiciones del título “Protección contractual del consumidor” se organizan en diez capítulos, y el primero de ellos está dedicado a las “Disposiciones generales”, que marcan la sintonía general de la regulación. Se consideró conveniente precisar el alcance del principio de obligatoriedad del contrato de consumo y hacer explícitas las facultades de revisión judicial cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecte el orden público (art. 35); disposición que profundiza la línea del Cód. Civ. y Com. (arts. 959 y 960).

En este capítulo se juzgó necesario destacar la significación de los principios generales —respeto de la dignidad de la persona humana, buena fe, confianza, ejercicio regular de un derecho y orden público de protección, entre otros— que orienten la ponderación de la actuación en las diferentes etapas del *iter* contractual, atendiendo a la especial condición de hipervulnerabilidad que pudiera presentar el consumidor (art. 37).

En el art. 37 proyectado se plasman directivas de integración normativa y de interpretación replicando el principio basal de protección del consumidor que, como faro, ilumina o debe iluminar todas las soluciones a los derechos en tensión.

Como una nota clave, el “Anteproyecto” propone exigir que el consumidor exprese su voluntad de modo inequívoco, tanto para consentir la contratación como para extinguir el vínculo con el proveedor (art. 38) generalizando la solución prevista en el art. 35 de la LDC. En esa línea, se entendió necesario reivindicar a la forma del contrato de consumo como un importante mecanismo de protección y formular precisiones respecto de la instrumentación en orden a una carga de información de contenidos mínimos impuesta al proveedor (art. 39).

La protección antecontractual cobra un lugar destacado al que el “Anteproyecto” dedica el capítulo 2 del título. Se explicita que los consumidores tienen derecho a la protección de sus intereses económicos, seguridad, trato equitativo y digno, y a la información en la etapa previa a la conclusión del contrato y su celebración, siendo los proveedores responsables por la violación de estos derechos y por los perjuicios que generen (art. 40). Complementariamente, se deja establecido que el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas en caso de que el proveedor viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración, o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial (art. 41).

El “Anteproyecto” propone avances en el régimen de la oferta (a la que se dedica el capítulo 3 del título) y la publicidad (a la que corresponde

el capítulo 4). En materia de oferta, se ofrece una norma que define sus contornos y dispone la equiparación cuando la información o publicidad referida a productos o servicios, vehiculizada por cualquier medio de comunicación, cumpla con los requisitos establecidos para la oferta (art. 42). Se refuerza la idea del carácter vinculante de la oferta que se conozca fuera del local de comercialización, contemplando la necesidad de establecer un plazo de vigencia acorde con la cantidad de bienes o la capacidad prestacional de los servicios disponibles, y de informar de modo preciso y destacado sobre estas circunstancias. Se hace explícito que el oferente está obligado a mantener la oferta durante el tiempo de vigencia antes indicado y que, de mediar aceptación, el contrato quedará perfeccionado. La norma propuesta sienta la regla de que “la oferta sólo puede retirarse antes de que hubiera llegado a conocimiento de los consumidores”. Se prevén, como exceptuadas de este régimen, las ofertas que se hagan por medios que solo pueden ser conocidas por el consumidor concurriendo al local comercial (art. 43).

En materia de publicidad, se reafirma el valor contractual de la publicidad. Se replica la regla conforme a la cual “las afirmaciones o informaciones contenidas en la publicidad, son obligatorias e integran el contrato en caso de ser celebrado”, pero se advierte que aquella “no se aplica en caso de que las afirmaciones o informaciones sean perjudiciales para el consumidor”. Como una aplicación del principio protectorio, la norma propuesta establece que “en caso de contradicción entre las afirmaciones o informaciones de la publicidad y el contrato, se resolverá en el sentido más favorable al consumidor”.

Partiendo de los avances que ya propone el Código Civil y Comercial, el “Anteproyecto” avanza en la caracterización de publicidad abusiva, que luce enriquecida en el art. 45, al establecer que “se consideran abusivas aquellas publicidades que atenten contra el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, la identidad de género y las que afecten de cualquier modo los bienes ambientales o culturales”.

En el capítulo 5, se asume el abordaje de la “Eficacia, ineficacia e incumplimiento” en la

contratación de consumo. Un objetivo central fue fortalecer el control de inclusión de los contratos de consumo (art. 46) que sigue lo dispuesto por el art. 10 de la ley 24.240 y la reciente reforma de su art. 38. En los Fundamentos se deja expresa constancia de que la Comisión quiso preservar la tradición iniciada por el Proyecto de Reformas al Código Civil de 1987, luego trasegada a la ley de defensa del consumidor, y más recientemente al Código Civil y Comercial, en orden al control de contenido de las cláusulas abusivas (art. 47), aunque se ha juzgado de interés incorporar algunos pocos estándares, provenientes del derecho europeo y latinoamericano (ver arts. 85 y 90 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, y del art. 51, inc. XIV, del “Código de Defesa do Consumidor” de Brasil), en miras de una mayor eficacia.

Se imponía ajustar las reglas relativas al control administrativo y, a ese fin, el art. 48 dispone que la autoridad de aplicación no solo debe controlar que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas sino también instar la adopción de las medidas necesarias para la modificación del contrato, cuando resulte necesario y el clausulado dependa de la aprobación de otra autoridad nacional o provincial.

Se coordinan las normas referidas al régimen de incumplimiento del contrato de consumo precisando el abanico de opciones disponibles para el consumidor y, en paralelo, el ejercicio de las acciones de daños con la alternativa que ofrece el régimen de garantías (art. 50).

Una novedad relevante del “Anteproyecto” es la propuesta de resistemización de lo que en la ley vigente es el régimen de la llamada “garantía legal”, prevista entre los arts. 11 y 18. Los antecedentes recogidos en sede administrativa y en la jurisprudencia de los tribunales de todo el país dan cuenta de la insatisfacción reinante y de la necesidad de una reformulación de las soluciones legales existentes. El capítulo 6 de esta propuesta legislativa diseña un sistema de “garantía por vicios de calidad por inadecuación” (sección 1ª, arts. 51 y 52), inspirado en la experiencia del *Código do Consumidor* de Brasil (arts. 19, 20, 24, entre otros), donde precisa los supuestos de aplicación y los contornos de la responsabilidad del proveedor. En otra sección,



se regula la “garantía de servicio técnico de cosas muebles” (sección 2ª, arts. 53 a 58), donde se ofrece una regulación depurada de las normas referidas al contenido, alcance y duración de la garantía, a la obligación de “suministro de partes y repuestos” y a la “garantía por deficiencias en el servicio prestado”. La sección 3ª contiene tres artículos en los que se regula el “uso del servicio posterior a la comercialización”, con las precisiones necesarias sobre las condiciones en que debe prestarse, sobre el eventual traslado de la cosa a fábrica o taller habilitado y sobre la prolongación de la garantía por privación de uso de la cosa (art. 59). Por otro lado, ofrecen normas sobre aspectos puntuales pero relevantes, como la “constancia de la reparación” (art. 60) y las opciones disponibles al consumidor ante el supuesto de reparación no satisfactoria (art. 61) que hacen a la concreta solución de los problemas que plantea la temática. La sección 4ª del capítulo se aboca al tratamiento de otra área de vacancia y aborda los “vicios ocultos y ruina en el ámbito inmobiliario”. El art. 62 regula los “vicios redhibitorios y vicios ocultos en la contratación inmobiliaria de consumo”, donde se hacen extensivas las soluciones antes ofrecidas al tratar los “vicios de calidad por inadecuación”. Sobre el punto, la norma prevé que “las reglas de esta ley se integrarán con las contenidas para el régimen de saneamiento del Código Civil y Comercial, cuando así fuere necesario, las que deben ser armonizadas con el principio de protección del consumidor. La misma integración cabrá en materia de ruina de la construcción de inmuebles, en la medida que el vínculo constituya una relación de consumo”. En el art. 63 se establece que la existencia de un vicio oculto dará lugar a las siguientes acciones de “resolución total o parcial del contrato”, de “disminución proporcional del precio”, de “reparación o su sustitución por otra cosa económicamente equivalente, libre de vicio en su caso” con más “la acción para obtener la reparación de los daños”. Allí se regulan las condiciones de ejercicio y los efectos, en coherencia con las normas contenidas en el sistema general del Código Civil y Comercial. La sección dedica la última de las normas a la prescripción de la acción, que se fija en tres años (art. 64).

Dentro del título, el capítulo 8 ha sido destinado a los “servicios al consumidor”, que desa-

rolla soluciones normativas antes inexistentes en un área de alto impacto y frecuente conflictividad. Entre los “aspectos generales” (sección 1ª), el art. 66 define el ámbito de aplicación y los deberes del proveedor, y el art. 67 regula la rescisión del contrato por el consumidor y las condiciones de ejercicio de esta facultad. Por su parte, la sección 2ª se dedica a los “servicios de reparación”, con dispositivos destinados a explicitar el modo en que debe cumplirse el servicio de reparación, con particular mención de los materiales a utilizar (art. 68), imponiendo al proveedor la obligación de ofrecer un presupuesto previo a la realización de los trabajos (art. 69) y, en su caso, de informar al consumidor sobre la necesidad de adicionar costes adicionales no incluidos en el presupuesto oportunamente ofrecido, pero que se evidencien como necesarios, antes de concretar la prestación del servicio (art. 70). Estas previsiones revelan una preocupación por ofrecer reglas de actuación concretas y eficaces, que aporten a la solución de los conflictos de la vida cotidiana.

Desde otro enfoque, la Comisión estimó necesario explicitar, en materia de conexidad contractual, otros efectos particulares que complementan los desarrollados en el Código Civil y Comercial, con la convicción de ello contribuye a la potenciar la eficacia de la tutela del consumidor. En el capítulo 7, dedicado a “los contratos conexos”, el art. 65 consagra una regla expresa en materia de acción directa, que evita el impacto que puede tener la regla general del 736 del Cód. Civ. y Com. La norma proyectada dispone que “La conexidad descripta en el art. 1073 del Código Civil y Comercial y la tutela de la confianza, podrán habilitar al consumidor según las circunstancias, a quien sea parte en alguno de los contratos coligados a ejercer los siguientes derechos respecto de otros participantes del acuerdo global que no hubieran contratado directamente con él: 1. La prevención del daño, de modo especial cuando se trate de situaciones jurídicas abusivas, prácticas abusivas o tutela de la seguridad; 2. Exigir el cumplimiento de una obligación que le era debida originariamente por su contratante, mediando mora del obligado, más allá de los casos especiales expresamente previstos; 3. Reclamar el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de tales obliga-

ciones”. Se interpretó que, con este precepto, se aporta una norma relevante que, acción directa mediante, suma a la tutela preventiva y resarcitoria en el campo de los contratos coligados.

La necesidad de contar con nuevas reglas en materia de comercio electrónico —especialmente sobre aspectos que presentan a la fecha mayor complejidad— movilizó a la Comisión, consciente del *aggiornamento* que imponen los cambios tecnológicos y su impacto en las modalidades de contratación actuales. De allí que el “Anteproyecto” proponga normas que guardan armonía con documentos internacionales, tales como las “Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor”, revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186 del 22 de diciembre de 2015, y diferentes recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

El capítulo 9 sobre “contratación a distancia” propone una “equiparación de derechos en el ámbito de la contratación electrónica” garantizando “un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en otras modalidades de comercialización propuestas por un proveedor respecto de un consumidor” (art. 71). Por su parte, el proyectado art. 72 regula el deber de información particular impuesto al proveedor en las diferentes etapas de la contratación electrónica “con el estándar más elevado que sea posible, a fin de lograr que resulte plenamente consciente de sus derechos y de sus obligaciones”; obligación que le impone ponderar “el grado de vulnerabilidad del consumidor”. Por su parte, en el art. 73, destinado a los “portales de venta o subasta *on line*”, se establece que “de conformidad con las reglas de conexidad, la exención de responsabilidad del operador electrónico sólo será posible cuando: 1. No ha desempeñado un rol activo en la operación jurídica-económica, limitándose a proporcionar únicamente un foro de transacciones, informando ello de forma clara, destacada y fácilmente comprensible; 2. No ha generado una particular confianza en el consumidor”.

Particular relevancia cobran los derechos reconocidos al consumidor en la contratación a distancia, pues el art. 74 dispone que “además de los derechos enunciados en esta Ley y en las

normas con las que se integra en miras de la más adecuada protección del consumidor, éstos cuentan con: 1. El derecho a exigir la entrega de los bienes o prestación de los servicios en un plazo máximo de treinta (30) días, a partir de la celebración del contrato, salvo acuerdo de las partes; 2. El derecho a consentir sólo de modo expreso todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual. Si el proveedor no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor tendrá derecho al reembolso de dicho pago; 3. Acceder a la jurisdicción correspondiente a su domicilio real o legal en caso de conflicto con el proveedor”. Cierran el capítulo las normas referidas a la “transmisión del riesgo” por envío de productos que resulten de la contratación a distancia (art. 75) y a la “rescisión por medio electrónico” (art. 76), con precisiones que aportan certeza a las soluciones propuestas.

#### ***IV.2. Las propuestas sobre crédito al consumo, obligaciones cambiarias y sobreendeudamiento de los consumidores***

El capítulo 10 —dedicado al crédito para el consumo, a obligaciones cambiarias conexas y a la tutela frente al sobreendeudamiento— asume el abordaje de temáticas largamente postergadas.

Sin perjuicio del significativo avance y del aporte que ha supuesto la regulación de los contratos bancarios en general y con consumidores en particular en el Código Civil y Comercial (arts. 1378 a 1389), resulta evidente que la operatoria de crédito que involucra a los consumidores, excede el escenario y los contornos de aquellos contratos. Se imponía una perspectiva ampliada que contemplara las prácticas empresarias del sector y las estructuras jurídicas utilizadas para formalizar los vínculos entre los proveedores de crédito y los consumidores.

El “Anteproyecto” asume el tratamiento de la problemática del crédito para el consumo, proponiendo una regulación de las principales aristas de conflicto. Así, el art. 77 define las “operaciones de crédito para consumo”, y a efectos de la aplicación de las soluciones propuestas y

el art. 78 consagra un catálogo de presunciones legales —*ius tantum*— de existencia de contratos de crédito para consumo, que pueden acudir en auxilio del intérprete. La práctica de los tribunales ha demostrado que muchos de los mecanismos de tutela del consumidor resultan inaplicables ante la incertidumbre respecto del ámbito de aplicación del régimen protectorio, al caso particular.

El principio de préstamo responsable, expresamente receptado en el art. 79 del “Anteproyecto”, se traduce en deberes concretos en cabeza de los dadores de crédito o financiamiento, que son de cumplimiento necesario. Se deja establecido, por otra parte, que los costes derivados de una financiación o de préstamos acordados en infracción al principio mencionado serán soportados total o parcialmente por los proveedores o intermediarios de crédito. Se consideró que esta norma abre cauce a soluciones superadoras de la situación de endeudamiento excesivo ya consumado.

La Comisión consideró imprescindible explicar que la prevención y el saneamiento del sobreendeudamiento del consumidor deben ser políticas centrales, imponiéndose el diseño y la implementación de medidas de contenido sustancial y procedimental eficaces, cuyo ejercicio debe ser garantizado por las autoridades públicas. En esa línea, el art. 80 insta al diseño de “políticas de protección del consumidor en el mercado de crédito” y a la implementación de “programas especiales para colectivos hipervulnerables”.

Así, el sobreendeudamiento de los consumidores es una problemática asumida por el “Anteproyecto”, que lo define y precisa sus presupuestos objetivo y subjetivo (art. 81). La preocupación global por las graves consecuencias del endeudamiento excesivo de las economías domésticas justifica la previsión de políticas de protección del consumidor en el mercado de crédito y de programas especiales para consumidores en situación de vulnerabilidad agravada, con eje en la educación financiera, que son previstos en los arts. 82 y 83.

El “Anteproyecto” centra su propuesta de regulación en la previsión de medidas de corte preventivo del sobreendeudamiento vinculadas a: la actividad publicitaria; la imposición

de un contenido informativo mínimo que se replica de modo uniforme en los anuncios publicitarios, en toda documentación que se ofrezca o proporcione antes de contratar y en el contrato que finalmente se formalice; un deber de asistencia y asesoramiento particular así como de advertencia; la ratificación de formalidades impuestas al contrato y previsiones respecto de los cambios que pudieran introducirse al contenido del mismo (arts. 84 a 90). En particular, se reconocen expresamente al consumidor dos derechos que pueden contribuir a la prevención del endeudamiento excesivo; esto es, el derecho al pago anticipado del crédito o de la financiación acordados (art. 95) y el derecho de arrepentimiento (art. 96), regulándose el modo de ejercicio y los efectos derivados. En esa racionalidad, se prevé que, de acuerdo con las circunstancias, puede resultar abusiva la práctica empresarial por la que se estimule indebidamente el endeudamiento, al privar al consumidor de instancias de reflexión sobre la conveniencia, oportunidad y alcances del compromiso económico a asumir (art. 94).

En los “Fundamentos” se deja expresa constancia de que las normas propuestas siguen, en general, las previsiones contenidas en la ley 16/2011 del 24 de junio, de “Contratos de crédito al consumo” de España, en coordinación con las directivas que emergen del Cód. Civ. y Com., destacando, por otra parte, que han sido especialmente consideradas las conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión 8, apartado II).

El fenómeno de la conexidad contractual en la operatoria de crédito para el consumo justificó que en este capítulo se contemplara una norma particular sobre la temática. En el art. 92 se define el supuesto de vinculación entre el contrato de adquisición de bienes o de prestación de servicios y el contrato de crédito, y se consagran presunciones legales de configuración del supuesto; destinándose el art. 93 a la regulación de los efectos singulares de la conexidad contractual en la operatoria, aspecto este último que tiene una importante significación en orden a resolver la conflictividad de la que daban cuenta la doctrina y la jurisprudencia. Sobre el punto, han servido como antecedentes, la directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2008;

la ley 16/2011 del 24 de junio, de “Contratos de crédito al consumo” de España; el Proyecto de Ley de Reforma al Código de Defensa del Consumidor de Brasil, y las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión 3).

El Anteproyecto asume la regulación de un tema polémico: el llamado pagaré de consumo (art. 91). La Comisión fija posición, al admitir que las deudas dinerarias que emergen de la relación de consumo puedan instrumentarse en un título susceptible de integración, reconociéndole aptitud ejecutiva. Se establece el orden de prelación de las normas aplicables, ratificándose el principio de interpretación más favorable para el consumidor. Se exige que el título contenga la información mínima allí establecida por lo que, como regla, la inobservancia de los requisitos mencionados torna inhábil al pagaré como título ejecutivo; defensa que alcanza a la situación jurídica abusiva. Se admite, no obstante, que el título pueda integrarse con otros documentos firmados por el consumidor, de los que surja el cumplimiento de la totalidad de los requisitos impuestos por norma. Ahora bien, a fin de estimular prácticas leales y la buena fe procesal, se impone al ejecutante que pretenda integrar el título base de la ejecución aportar la documentación complementaria en oportunidad de interponer la demanda ejecutiva, pues vencida aquella oportunidad procesal, precluye el ejercicio de aquella facultad. Se procura con ello desalentar ejecuciones en las que pueda especularse con la posibilidad de que el consumidor ejecutado no se presente o no oponga excepciones, o que solo en caso de hacerlo, el ejecutante ofrezca el total de los elementos que permitan juzgar la procedencia de la acción ejecutiva intentada. Atento a las particularidades de la operatoria, se deja establecido que este régimen alcanza al supuesto en que el pagaré de consumo haya sido transmitido a un tercero.

Como ya se ha señalado en los “Fundamentos” que acompañan la presentación del “Anteproyecto”, en este contexto normativo cobra especial relevancia el rol del juez que llamado a aplicar una norma de orden público, ante el silencio del ejecutante puede acudir a las presunciones vinculadas a la existencia de una operación de crédito para el consumo, que

debe velar por el estricto cumplimiento de las normas protectorias del consumidor y que, en su caso, y aun de oficio, debe disponer las medidas que impidan la desnaturalización de los mecanismos sustanciales y procesales previstos para su tutela. Efectivamente, la existencia y legitimidad de la deuda reclamada, su composición y cuantía y los costes de la eventual mora y de la ejecución, serán objeto de un control judicial irrenunciable, a la luz de las normas legales propuestas.

## **V. La función preventiva y el principio precautorio en materia de daños al consumidor**

La denominación misma de la materia que trata el “Anteproyecto”, y que también se encuentra en la ley actualmente vigente, pone de manifiesto uno de sus rasgos esenciales: se trata aquí de la defensa del consumidor, lo que supone la protección de sus derechos, para lo cual la prevención no es sino el objetivo esencial de este régimen tuitivo.

La consagración de normas preventivas en varios ámbitos de nuestro ordenamiento, y también de todo el orbe, es consecuencia de una toma de conciencia global de la escasez de bienes (fenómeno que se acrecienta cada vez más) y de los costos (de toda naturaleza) que trae aparejada la reparación de perjuicios. Cuando un daño se produce, impacta en todo el tejido social. Resarcirlo, desde esta óptica, es simplemente trasladarlo al responsable, quien en definitiva debe soportar los costos, con las pérdidas económicas que ello implica. En no pocos casos las víctimas no son resarcidas por los responsables, y el Estado debe tomar a cargo su asistencia, al menos en los aspectos más importantes. Además, si se producen lesiones en la integridad psicofísica de las personas, en una gran parte de los casos quedan secuelas indelebiles. La concreción de las indemnizaciones demanda tiempo y recursos económicos (muchos de ellos necesariamente provistos por el Estado, como sucede con el servicio de justicia).

Las proyecciones de una situación dañosa son, pues, mucho más graves de lo que aparenta un análisis superficial del problema.

Las tradicionales respuestas que el derecho brindaba ante estas situaciones eran de carácter

netamente compensatorio. Ahora la mirada se ha posado, de manera definitiva, en el momento anterior al acto dañoso: es necesario evitarlo.

Si bien existían algunas normas orientadas a la prevención de daños en varios cuerpos legislativos (Código Civil derogado; leyes laborales; leyes de amparo, etc.), lo establecido en el art. 52, 1ª parte, de la ley 24.240 constituyó un hito en nuestro ordenamiento. El reconocimiento a favor del consumidor de una acción, en el caso en que sus intereses se encontraran amenazados (norma en la que solamente se indicaba lo aquí señalado), generó todo un movimiento que, *in crescendo*, fue acentuando cada vez más la tutela preventiva y comenzó a proyectarse a relaciones jurídicas de naturaleza diferente a las de consumo. Un paso trascendental se dio con la reforma constitucional, a partir de lo establecido en los arts. 42 y 43.

La consagración de la función preventiva en el Código Civil y Comercial (arts. 1710 a 1713) constituye el eslabón final del proceso. La función preventiva se ha extendido, a partir de esta regulación especial, hacia todo nuestro ordenamiento.

De allí que en el art. 107 del “Anteproyecto” se efectúa una remisión a las normas antes citadas, a fin de evitar reiteraciones innecesarias. El diálogo de fuentes es lo que permite, en definitiva, una legislación con una técnica más depurada, que brinda mayor seguridad jurídica.

Pero, además, como se indicaba al comienzo de estas líneas, la gran mayoría de las soluciones del régimen tuitivo del consumidor tienen una vocación preventiva esencial.

Como ya se dijo, la prevención de riesgos constituye uno de los principios que el “Anteproyecto” recoge para la defensa de los consumidores (art. 5.8). Por lo demás, el deber de información (arts. 8º y ss.) se encuentra regulado en clave preventiva. Lo propio sucede en los más diversos ámbitos, entre otros: el principio de consumo sustentable (arts. 5.5 y 10.2); los deberes de protección y seguridad (art. 17); las prácticas abusivas (art. 27); la política de protección al consumidor (art. 29.6); la formación del consumidor (art. 34); los contratos conexos (art. 65); la protección frente al sobreendeuda-

miento (arts. 79.7, 80.6, y en especial los arts. 82 a 84); la sanción punitiva (art. 118); las misiones y funciones del CO.FE.DEC (art. 142.5); las facultades de la ANCON (art. 146), y el objeto del proceso colectivo de consumo (arts. 175.1 y 176).

Finalmente, y como importantísima novedad en nuestro ordenamiento, de manera explícita se consagra el principio precautorio en el ámbito de las relaciones de consumo (art. 5.9); estableciéndose, además, que la ANCON puede adoptar medidas precautorias (art. 146).

## VI. El resarcimiento de daños en general

Si bien la ley 24.240 contiene normas destinadas a regular la reparación de los daños causados al consumidor, su interpretación y aplicación no ha estado exenta de muchos vaivenes. La creciente tutela resarcitoria en el ámbito del derecho común, fue un cambio que se produjo en el marco del Código Civil, cuyas normas, pese a importantes reformas que se produjeron, se revelaron como insuficientes, generándose una amplia doctrina y jurisprudencia que buscaron adaptarlas a una nueva realidad que superaba los textos legales. El encastrado con las normas protectorias del consumidor ha sido, en muchos casos, dificultoso, generándose importantes contrapuntos en la doctrina y la jurisprudencia. El art. 40 de la ley 24,240, epicentro de la problemática, ha sido objeto de las más diversas interpretaciones en orden a su contenido y alcances.

Las nuevas normas del Código Civil y Comercial han constituido un importantísimo avance cualitativo. Se han regulado, con sumo detalle, importantes aspectos vinculados tanto a la causa fuente (el acto dañoso) como a la obligación resarcitoria. Sin perjuicio de las críticas y observaciones que se han formulado, no cabe dudar de que el cambio ha sido de enorme envergadura. Se han consagrado legislativamente los criterios imperantes en la doctrina y la jurisprudencia sobre muchos de los tópicos que habían sido construidos, trabajosamente, durante muchos años, sobre todo a partir de la reforma de la ley 17.711.

En el “Anteproyecto” se propone, de manera similar, dar un paso hacia adelante en varios aspectos, depurando desde lo técnico varias cues-

ciones, ampliando la regulación y tomándose posición definida sobre algunas cuestiones sumamente controvertidas.

Es insoslayable el diálogo de fuentes entre las normas resarcitorias del Código Civil y Comercial y las ahora propuestas. Lo que se plasma en el “Anteproyecto” es la regulación de los más importantes aspectos específicos de la causación de daños a los consumidores y la consiguiente obligación resarcitoria que de ello se genera.

Se regula en un capítulo especial (arts. 108 a 116) la producción y la reparación de daños por productos o servicios defectuosos, pero se excluyen de esta parte los daños que experimenta el propio producto o servicio, cuestión que es objeto de normas específicas. Luego de definirse qué debe entenderse por producto o servicio defectuoso (arts. 109 y 110), se consagra una amplia legitimación activa para reclamar el resarcimiento a toda persona que resulte damnificada directa o indirecta, se trate o no de un consumidor (art. 111). La legitimación pasiva es sumamente amplia, pues comprende a todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización, efectuándose luego una enumeración enunciativa de algunos de ellos (art. 112). Como importante novedad, se adopta en esta última norma la denominada “teoría del *market share*” para el caso en que no pueda identificarse al proveedor que lo fabricó o comercializó. Se ratifica la naturaleza objetiva de la responsabilidad.

También, zanjándose algunas polémicas, se toma partido en orden a importantes cuestiones vinculadas a las eximentes de responsabilidad respecto de la relación de causalidad (art. 115): los integrantes de la cadena de producción y comercialización no pueden oponer como hecho ajeno el de uno de ellos. Todos responden frente a la víctima, sin perjuicio de las eventuales acciones de regreso. Asimismo, el hecho de la víctima (o sea, del consumidor) deberá ser interpretado con criterio restrictivo, y solo procede ante la prueba de culpa grave o dolo del damnificado.

También se asume un posicionamiento respecto de los riesgos de desarrollo: no constituyen una eximente de responsabilidad, lo que se complementa con una mirada preventiva sobre

este problema que se instrumenta con el establecimiento de una obligación de seguimiento de los productos y servicios que se encuentran ya en el mercado, el deber de informar el descubrimiento de un defecto (art. 12.5.) y la obligación de efectuar el rescate de los productos del mercado (art. 14.6).

Por último, en esta problemática se incorpora como novedad legislativa un plazo de caducidad de la responsabilidad aquí regulada, de diez años desde la puesta en circulación del producto o servicio, el que no regirá si se ha promovido previamente la correspondiente reclamación judicial (art. 116).

Por otra parte, se incorpora una norma en la que se consagra la responsabilidad de los proveedores por daños ocasionados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor (art. 117), cuestión que generó posiciones y soluciones judiciales divergentes a partir de la incorporación del sujeto “expuesto” a una relación de consumo, con la modificación incorporada mediante la ley 26.361 a la ley 24.240.

Existen, además, varias normas en las que se reconoce el derecho resarcitorio en otras situaciones dañosas, de diferente naturaleza a las anteriores: cuando se incumplen la obligación de informar (art. 16.3) y los deberes de protección y seguridad (art. 17); cuando se producen prácticas abusivas (art. 27); cuando acontece el incumplimiento obligacional por causas imputables al proveedor (art. 50); cuando no hay reparación satisfactoria del bien de consumo (art. 61); ante la existencia de vicios ocultos (art. 63); en los contratos conexos (art. 65); en los créditos para el consumo (art. 93), y en materia procesal, tanto en las acciones judiciales individuales (arts. 162 y ss.), como en las colectivas (arts. 171 y ss.).

La responsabilidad por *riesgo* de las cosas y por actividades riesgosas no tiene regulación específica en el “Anteproyecto”. Las normas del Código Civil y Comercial (arts. 1757, 1758 y conscs.) regulan la problemática con suficiente amplitud, razón por la cual se ha entendido que no es necesaria una solución específica en la ley especial. Rigen, pues, estas normas generales, que deben ser interpretadas e integradas mediante el diálogo de fuentes.

## VII. El resarcimiento de daños, cumplimiento obligatorio y restituciones en sede administrativa

La incorporación del “daño directo” en la ley 24.240, mediante la ley 26.361 (que introdujo el art. 40 bis), generó importantes polémicas, no solo por las diversas interpretaciones respecto a qué capítulos resarcitorios debían entenderse comprendidos en la norma, sino también —y muy especialmente— debido a los fuertes cuestionamientos que se formularon en relación a esta función asignada a la Administración, consistente en ordenar la reparación de daños causados al consumidor. El argumento esencial se centró en el art. 109 de la Constitución Nacional, que veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones propias del Poder Judicial.

Sin perjuicio de las reformas que se efectuaron con posterioridad, en el “Anteproyecto” se dedican varias normas a la figura (arts. 150 a 155), en las que se pretende establecer con precisión cuáles son los rubros cuyo cumplimiento puede ser ordenado (no se trata solamente de resarcimiento de daños), con qué alcances y cuáles son las calidades que debe reunir la autoridad de aplicación para quedar facultada a hacerlo. Además, a nivel conceptual, la regulación guarda perfecta sintonía con las figuras contempladas en el Código Civil y Comercial.

En este marco, se dispone que solo es resarcible aquí el daño emergente derivado de la lesión a bienes de naturaleza patrimonial del consumidor, que sean objeto de la relación de consumo, sin límite cuantitativo (quedando excluidos todos los otros daños patrimoniales o morales causados al consumidor, que solo podrán ser reclamados en sede judicial); la entrega, en sustitución, de un bien equivalente de las mismas características que el producto defectuoso, o su equivalente dinerario, y la restitución de sumas de dinero indebidamente percibidas por el proveedor, con más sus intereses (art. 150).

Se establecen las condiciones de ejecutoriedad de las decisiones que adquieran firmeza y no sean cumplidas por el proveedor y los efectos del proceso administrativo en su relación con el proceso judicial. Como importante novedad, se impone a la autoridad de aplicación

informar al consumidor la posibilidad de solicitar estos resarcimientos y prestaciones, al tiempo de formularse la denuncia.

Por último, se dispone que las autoridades de aplicación locales deberán reunir los mismos requisitos que la ANCON, a fin de poder ejercer estas facultades.

## VIII. La sanción punitiva

La problemática de los llamados “daños punitivos”, con la incorporación del art. 52 bis en la ley 24.240, por la ley 26.361, ha sido tal vez la que ha generado las mayores polémicas.

La figura, hasta su consagración, era inexistente en nuestro ordenamiento y ajena a nuestra tradición jurídica. La norma —actualmente vigente— ha sido objeto de muchas críticas, entre las que cabe destacar la imprecisión relativa a la conducta que habilita la aplicación de la sanción (en el texto legal se establece que para ello basta el incumplimiento del proveedor, sin calificárselo), la solidaridad de la cadena de producción y comercialización, el monto de la sanción, la falta de pautas para su graduación y su destino, ya que tiene como acreedor al consumidor. Asimismo, existen también voces que postulan que la norma es inconstitucional, pues se afirma que se trata de una figura de neto corte punitivo, propia del derecho penal.

La regulación propuesta en el “Anteproyecto” (arts. 118 y 27) importa un rediseño de la figura y la toma de posición sobre cuestiones de suma importancia.

Puede ser pedida no solo por el consumidor, sino también por el Ministerio Público Fiscal. Pero también puede imponerla de oficio el juez, si advierte que se verifican los presupuestos para su procedencia. La conducta que habilita su imposición consiste en actuar que grave menoscabo hacia los derechos del consumidor, lo que importa la existencia de culpa grave o dolo. Se establecen las pautas cualitativas para la cuantificación de la sanción, y se consagra un tope “doble” (el que sea mayor), consistente en el doble del máximo establecido para la multa que puede ser fijada en sede administrativa, establecido en el art. 157 (que es reajutable), o bien en el décuplo de la ganancia que el proveedor haya obtenido mediante el acto punido.

Asimismo, es el juez quien dispone el destino, por resolución fundada. Sin perjuicio de ello, en el art. 27 se establece que, si la sanción se impone por haber el proveedor incurrido en prácticas abusivas, al menos parcialmente el consumidor debe resultar beneficiario.

La solidaridad se consagra solo para el caso de coautoría: la sanción, pues, es personal.

Por último, se establece que el rubro no es asegurable. Ello responde a la faz preventiva de la figura ya que, en definitiva, lo que se pretende es que el proveedor no incurra en estas inconductas.

### **IX. Prescripción liberatoria**

El art. 50 de la ley 24.240, en su texto original, fue también objeto de diversas interpretaciones en orden a su ámbito de aplicación, alcances y su relación con las normas generales del Código Civil derogado y, muy especialmente, las leyes especiales que establecen plazos de prescripción particulares.

La reforma introducida por la ley 26.361 pretendió zanjar varias cuestiones. Sin embargo, al sancionarse el Código Civil y Comercial se modificó nuevamente el art. 50, disponiéndose en él solo lo atinente a la prescripción de las acciones administrativas. En el Código Civil y Comercial nada se dispuso, de manera específica, respecto de la prescripción liberatoria en las relaciones de consumo, lo cual generó también diversos contrapuntos interpretativos.

En el “Anteproyecto” se consagran dos normas específicas, una para las acciones judiciales (art. 183) y otra para las acciones administrativas (art. 184).

Se distinguen dos situaciones: las acciones de titularidad de los consumidores y las que los proveedores tienen en contra de aquellos.

En las primeras, se establece el plazo trienal, y de manera explícita se indica que, si en las leyes especiales el plazo es menor, se aplica el primero. En otras palabras, el plazo es siempre de tres años. A diferencia de lo que ocurre en el Código Civil y Comercial, se establece aquí el efecto interruptivo de la prescripción por la iniciación de acciones administrativas. Por último, y como

importante novedad, se consagra el efecto expansivo de las causales de interrupción y suspensión de la prescripción, lo cual es relevante en relación con los diversos obligados concurrentes que existieren frente al consumidor, pues en el caso de solidaridad dicho efecto se encuentra ya consagrado en el Código Civil y Comercial.

Se incorpora como novedad una regulación específica para la prescripción liberatoria de las acciones del proveedor en contra del consumidor. Como regla, se aplica el plazo que las leyes generales o especiales establezcan, salvo que sea superior a tres años, caso en el cual se aplica este último.

Finalmente, se establece un plazo quinquenal para el cobro de las multas fijadas en sede administrativa, de manera concordante a lo que, en general, se encuentra estatuido en diversas legislaciones relativas a atributos y otros créditos de titularidad del Estado.

En las acciones administrativas se mantiene, en lo sustancial, la regulación de la ley 24.240, aclarándose que el efecto interruptivo por la comisión de nuevas infracciones solo se produce si estas son de igual naturaleza.

### **X. A modo de conclusión**

En suma, el “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor” propone una reforma integral de la ley de defensa del consumidor, aunque preservando la valiosa tradición jurídica que esta ha generado en estas décadas de vigencia.

Concreta su sistematización de modo completo. Y en un marco definitivo de constitucionalización de la materia.

Propone una profunda actualización de contenidos, ampliación del espectro de principios rectores y consolida el diálogo de fuentes con el Código Civil y Comercial de la Nación. Se nutre de la experiencia comparada —especialmente latinoamericana— aunque en línea con las “Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor”, las normas desarrolladas en los sistemas de integración —como el del Mercosur y de la Unión Europea, y las diferentes recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), entre otras.



Incorpora normativas novedosas y soluciones concretas inéditas.

Resuelve con claridad cuestiones que generan interpretaciones diferentes desde la sanción del Código Civil y Comercial, e insiste con propuestas que en 2015 no llegaron a sancionarse.

En cualquier caso, no puede negarse la existencia de importantísimos avances, los que pueden constatarse a través del estado de las discusiones habidas en nuestra doctrina como también de los conflictos relevantes reconocidos en la praxis administrativa y judicial, todos los cuales han sido el punto de partida del trabajo de la Comisión.



# ÁMBITO DE APLICACIÓN

.....



# La categoría de consumidor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

SANDRA A. FRUSTAGLI (\*)

## I. Palabras preliminares

En 2018 se cumplieron veinticinco años de la entrada en vigor de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y del Usuario. En ese lapso, el desarrollo y la evolución del Derecho del consumidor nacional estuvieron caracterizados por el incremento paulatino de los diferentes instrumentos jurídicos orientados a la protección de los derechos de los consumidores en el mercado de bienes y servicio. Uno de los factores que impulsaron ese progreso normativo fue el reconocimiento constitucional de los derechos del consumidor por vía del art. 42 de la Constitución Nacional de 1994.

Además, en los últimos años, esas transformaciones han visibilizado un trasfondo axiológico dado por la marcada humanización de la disciplina, que resulta de la exigencia de adecuar el Derecho privado a los principios y valores del sistema de derechos fundamentales y del sistema de derechos humanos que integran el bloque constitucional y convencional(1).

---

(\*) Profesora Asociada de Derecho Civil III (Derecho de los Contratos) y de Derecho del Consumidor en la Facultad de Derecho de la UNR. Presidente del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario. Vicepresidente del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor.

(1) Sozzo, Gonzalo, “Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor”, en RDPyC, 2010-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 142; TAMBUSSI, Carlos (Dir.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada*, Hammurabi, Bs. As., 2017, ps. 48 y ss.; STIGLITZ, Gabriel, “La constitucionalización del Derecho del Consumi-

Cuando el Código Civil y Comercial de la Nación consagra la constitucionalización del Derecho privado se hace eco de ese requerimiento en general (2), a la vez que también lo proyecta de manera concreta al Derecho del Consumi-

---

dor. La experiencia argentina”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dir.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, ps. 227 y ss.; FRUSTAGLI, Sandra — HERNÁNDEZ, Carlos, “La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales”, en Jurisprudencia Argentina, JA 2017-III, 1341, Cita Online: AP/DOC/737/2017. También pueden consultarse el profundo estudio de SAHÍAN, José Humberto, *Dimensión constitucional de la tutela del consumidor*, La Ley, Bs. As., 2017, ps. 199 y ss.

(2) En 2016, en un trabajo aún en prensa, afirmábamos sobre el tema que la constitucionalización que el CCCN concreta en su sistema de fuentes “supone una aproximación entre Derecho Privado y Constitución que le exige a aquél no sólo respetar los límites derivados de la Constitución, sino que debe además desarrollar en forma positiva las exigencias normativas derivadas de los derechos con jerarquía constitucional; es decir que se otorga a los derechos fundamentales una fuerza expansiva primordial en la determinación del contenido del orden jurídico privado”, y que “Esa pluralidad de fuentes con las cuales el operador jurídico del Derecho Privado debe actuar (Constitución Nacional, Código Civil y Comercial y leyes especiales) y la complementariedad y armonización que habrá de lograrse entre principios, valores constitucionales y reglas de Derecho privado, muestran la necesidad de comprender la complejidad de las dimensiones sociológica, normológica y axiológica del Derecho, a la vez que abren la posibilidad de alcanzar soluciones más justas, respetuosas del principio *pro homine*, en HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra, A., “Daños en las relaciones de consumo: el impacto del Código Civil y Comercial de la Nación”, en obra colectiva: *El Derecho de Daños en el nuevo Código*

dor no solo a través de la inclusión de normas sobre protección al consumidor en el sistema de derecho privado bajo la directriz hermenéutica del principio protectorio constitucional (Libro Tercero, Título Tercero) sino porque también afirma, en el art. 1097, que “La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos”, al regular sobre prácticas abusivas.

En ese escenario evolutivo, el 6 de diciembre de 2018 se presentó el “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, elaborado por una Comisión Reformadora que integraron reconocidos especialistas (3), por encargo de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, en articulación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco del Programa “Justicia 2020”.

El análisis global de la reforma propuesta excede el objeto de este trabajo; no obstante, en línea con lo dicho, resulta imposible no destacar la alta calidad científica del Anteproyecto considerado en su conjunto que se refleja —entre otros aspectos— en la adecuada sistematización de las materias tratadas partir de principios generales incardinados con el mandato constitucional de protección del consumidor y en la apertura —como no podía ser de otro modo— al diálogo de fuentes estableciendo al respecto directrices precisas en el art. 28, cuyo texto dice que “Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de

lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen”.

Resta destacar que el trabajo presentado por la Comisión reformadora ha tenido el acierto de dar tratamiento a gran parte de las problemáticas de consumo que en el Derecho vigente aún no han recibido regulación específica (entre otras: régimen del pagaré de consumo, abordaje del sobreendeudamiento del consumidor), como así también de proponer la modernización general de los institutos que conforman el régimen de defensa del consumidor, con la finalidad de profundizar una efectiva y eficiente tutela de los derechos.

Cabe poner de relieve, además, que la matriz de todo ese diseño ha seguido las conclusiones de jornadas y congresos nacionales que, en los últimos años, han servido como expresión de consensos doctrinarios sobre cuestiones controvertidas; asimismo se ha nutrido de las soluciones adoptadas por otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos y europeos; y, también fueron especialmente consideradas las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (versión 2015), entre otras normas globales (4).

Formuladas esas consideraciones introductorias, corresponde señalar que el objeto de este trabajo se centrará en analizar cómo ha quedado perfilada en marco del Anteproyecto la categoría de consumidor, para lo cual se tendrá en consideración la evolución del concepto, los enfoques doctrinarios y jurisprudenciales elaborados en torno a la interpretación, primero del art. 1º de la ley 24.240, luego de la expansión experimentada con los cambios introducidos por la ley 26.361, y finalmente la ley 26.994 que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación.

*Civil y Comercial de la Nación*, dirigida por Sebastián PICASSO, en prensa, La Ley.

(3) Integraron la Comisión Reformadora los Dres. Gabriel Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D'Archivio, Carlos A. Hernández, María Belén Japaze, Leonardo Lepíscopo, Federico Ossola, Sebastián Picasso, Gonzalo Sozzo, Carlos Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Wajtraub.

(4) Para mayor detalle sobre las fuentes pueden consultarse los Fundamentos del Anteproyecto, en LL, diario del 17 de diciembre de 2018 (edición especial).

## II. La vulnerabilidad como presupuesto fundante de la protección y delimitador de la categoría de consumidor

Una hermenéutica sistemática de las disposiciones dirigidas a delimitar la categoría de consumidor en nuestro Derecho, exige considerar como cuestión previa a la vulnerabilidad como el factor determinante y justificante de la tutela legal. Se sostiene que el consumidor adolece de una debilidad o hiposuficiencia de índole estructural, que es connatural al rol que ocupa el consumidor en el mercado -en tanto categoría social- y se deriva de las fallas e imperfecciones propias de éste que afectan de manera estable a un colectivo social (5).

El sistema jurídico admite esa vulnerabilidad como presupuesto y sobre esa idea se estructura el sistema protectorio (6). Suele hablarse en la doctrina de vulnerabilidades de distinta índole: económica, técnica, jurídica o informativa (7). Lo relevante es que su existencia denota un desequilibrio entre los sujetos de la relación de consumo que debe ser atendido por el ordenamiento normativo para restablecer la autonomía real (8), la eticidad de las relaciones de consumo y garantizar la dignidad de la persona humana.

En lo que aquí interesa, la hiposuficiencia del consumidor ha sido vista también como elemento constitutivo de la categoría. Aunque las definiciones legales de consumidor no la mencionen de manera explícita, constituye un

presupuesto ínsito en el mismo principio protectorio de raigambre constitucional. Sobre el particular, la Comisión Interdisciplinaria de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), al debatir sobre la “Categoría jurídica de consumidor”, concluyó por unanimidad que “1) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino”.

Merece destacarse que el Anteproyecto avanza positivamente en la línea descrita con una declaración de índole principista, cuando afirma en el primer párrafo del art. 5º que “Se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado”, procediendo luego a enunciar el conjunto de principio informadores que consagra. La simple lectura de los principios allí enumerados revela que la tutela patrimonial del consumidor en el mercado resulta articulada sabiamente con la tutela de los derechos fundamentales y de los derechos humanos de la persona; por ende, el régimen así delineado muestra una impronta que es propia de nuestro sistema vigente (9) y que la diferencia de la matriz preponderantemente patrimonialista que caracteriza al Derecho europeo del consumo (10).

## III. La categoría de consumidor y su evolución en el Derecho nacional

### III.1. Breve referencia al estado de situación del tema en el régimen vigente

La categoría de consumidor constituye el núcleo del régimen tuitivo; de ahí que, la delimitación de sus contornos y alcances tengan especial significación teórica y trascendencia prác-

(9) Acerca de esa tendencia p. v. Sozzo, Gonzalo, “Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor”, en RDPyC, 2010-3, ps. 142 y ss.; FRUSTAGLI, Sandra - HERNÁNDEZ, Carlos, “Prácticas comerciales abusivas”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (Dir.) *Tratado de Derecho del Consumidor*, T. I, ps. 595 y ss.

(10) ALPA, Guido, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., ps. 10.

(5) Sobre la cuestión, la doctrina es coincidente, así entre otros autores p.v. LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 16, y también 37 y ss.; RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, Abeledo Perrot, Bs.As., 2009, ps. 10 y ss.

(6) LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, cit., ps. 35 y ss. Aportan visiones interesantes las consideraciones de SANTARELLI, Fulvio, *Contrato y mercado*, cit., ps. 159 y ss. QUAGLIA, Marcelo, “El desequilibrio relacional y del orden público económico de protección. Defensa del consumidor y revalorización de los principios generales (con especial referencia a la buena fe y a la protección de la confianza). La equidad en el ámbito del Derecho del Consumidor”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (Dir.) *Tratado de Derecho del Consumidor*, T. I, cit., ps. 274 y ss.

(7) LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, cit., ps. 39 y ss.

(8) ALPA, Guido, *Introduzione al diritto dei consumatori*, 2ª ed, Laterza, Bari, 2008, ps. 8 y ss.

tica dentro del Derecho del Consumidor. Desde que el consumidor es el destinatario de la protección, su noción condiciona el acceso al sistema normativo protectorio. Esto explica el porqué de los intensos debates y tensiones que el tema concita en la doctrina jurídica tanto comparada como nacional (11). Esa trascendencia del concepto también permite comprender las constantes transformaciones de la que ha sido objeto en el plano normativo desde que se sancionara el texto primigenio de la ley 24.240 en el año 1993 y hasta su redacción actual, en general con el propósito de ensanchar sus alcances y acentuar la protección de las personas.

En el Derecho latinoamericano, la construcción de esta categoría se hace sobre notas que contrastan con el Derecho Comunitario europeo. En este ámbito, las distintas Directivas de la Unión Europea asignan el carácter de consumidor a la persona humana que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, sin perjuicio de la diferencia de matices exhibidas por algunos derechos internos (12), valiéndose

(11) El debate en el derecho brasileño se ve reflejado en LIMA MARQUES, Claudia y TURKIENICZ, Eduardo, "En defensa de la teoría finalista para la interpretación del artículo 2 del Código de Defensa del Consumidor", en RCyS, año II, nro. VI, noviembre-diciembre de 2000, ps. 16 y ss.; también en LIMA MARQUES, Claudia, BENJAMIN, Antônio H., MIRAGEM, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edición, 2006, San Pablo, ps. 84 y ss.

En relación con el régimen nacional hemos analizado el problema en FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino", LL 2011-E-992, AR/DOC/3099/2011.

En la jurisprudencia nacional, la CSJ de Mendoza, en la causa "Sellanes, Elian c. Frávega S.A.I.C.e.I.", muestra la relevancia del concepto, y en el erudito voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, reseña las distintas posiciones sobre la noción de consumidor en el Derecho Comparado, como también los debates habidos en Brasil y en nuestro país al respecto; el fallo p.c. en RCyS 2007-386.

(12) Ver, entre otros, el estudio de CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "El concepto legal de "consumidor" en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, nro. 1, ps. 84 y ss. Recuperado en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1068/387>.

Sobre los particularismos, véase como el artículo 3º del TR-LGDCU española dispone que "A efectos de esta

de una pauta negativa, como es la idea de "no profesionalidad".

En cambio, en el Derecho Latinoamericano prima un concepto basado en una pauta positiva tal como es la exigencia de ser "destinatario final" de los bienes. A más de ello, es posible otros elementos comunes convergen en la construcción del concepto de consumidor, sin perjuicio de matices locales. Así: a) comprende tanto a personas humanas como jurídicas; b) se protege a quien adquiere o a quien utiliza productos o servicios. Algunos países de la región equiparan a las personas—determinables o no— que se encuentran expuestas a una relación de consumo (13).

El Derecho nacional se inserta en esa corriente regional. Y más allá de los debates hermenéuticos planteados en orden a los alcances de la categoría y de las mutaciones que condujeron a ampliar el campo de la protección (14), es indiscutible que la noción de consumidor se ha consolidado en torno a algunos elementos

norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial" (conf. la modificación introducida por Ley 3/2014, de 27 de marzo de 2014).

Por su parte, el artículo introductorio del Code de la Consommation establece que «Pour l'application du présent code, on entend par: - consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole; - non-professionnel : toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles (...)», texto según Ordonnance n°2016-301 (14 mars 2016).

(13) LANNI, Sabrina, *América Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazioni del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 389. PIRIS, Cristian, "los conceptos fundamentales del Derecho del Consumidor en el Mercosur", en *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, vol. 2, nro. 4, ps. 329 y ss. Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14119>.

(14) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino", cit. Ver también HERNÁNDEZ, Carlos A., "Relación de consumo", en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dir.) *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. I, ps. 402 y ss.



que se han conservado invariables: el reconocimiento de la protección tanto a las personas físicas como jurídicas y la actuación como “destinatario final de bienes o servicios”, para consumo propio, familiar o social.

Estos elementos ya estaban presentes en la versión originaria del artículo primero de la ley 24.240 (15), se mantuvieron en la redacción dada al art. 1º por la ley 26.361, y, ahora subsisten en los textos vigentes de los arts. 1º de la ley 24.240 (conf. ley 26.994) y 1092 del Código Civil y Comercial. Este último, dispone que “Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Como se anticipó, el *destino final* del bien o servicio aparece como un requisito de índole objetiva, que funciona como principal pauta delimitante de la categoría de consumidor. Guarda directa relación con el sentido gramatical y económico de la voz consumir (16); por eso se ha dicho que consumidor es quien agota la cadena de valor del bien, retirándolo del circuito económico para ubicarlo fuera mercado. Abundando en precisiones de esa idea, se agrega que los productos o servicios no deben ser integrados al proceso de producción de otros bienes o de prestación de servicios que se vuelcan al mercado (17). La expresión legal que refiere al “beneficio propio o de su grupo familiar o social”, es interpretada como refuerzo de la idea de ajenidad con cualquier actividad comercial, empresarial o profesional.

---

(15) Recuérdese que se criticaba su estrechez, en tanto identificaba al consumidor con el contratante, v. LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, cit., p. 87.

(16) Según el Diccionario de la RAE, la primera acepción que se asigna al término es “destruir, extinguir”.

(17) Puede consultarse LIMA MARQUES, Claudia, BENJAMIN, Antônio H., MIRAGEM, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 83. También en ese sentido SANTARELLI, Fulvio, *Contrato y mercado*, Bs. As., La Ley, 2018, ps. 161.

Por otra parte, cabe analizar también que la categoría comprende tanto a personas humanas como a personas jurídicas. En relación con ello, se ha debatido si la protección puede alcanzar, excepcionalmente, a quienes realizan actividades empresariales, ya sea que se trate de personas humanas o jurídicas. Hay quienes entienden que cuando se desenvuelven actividades económico-empresariales no cabe descartar de plano la aplicación del régimen protectorio, considerando a las personas jurídicas, en especial las de carácter comercial, excluidas del concepto (18). Se argumenta que, en situaciones tales, para determinar si se verifica el carácter de destinatario final corresponderá analizar si la operación realizada cae fuera del ámbito de la actividad profesional específica de la persona (19), aspecto que deberá apreciarse en función del objeto de la actividad económica junto a otras circunstancias relevantes del caso (v.gr. naturaleza de la relación de consumo, grado de vulnerabilidad, situación monopólica del proveedor, etc.) (20).

Sobre ese tema, la jurisprudencia exhibe precedentes interesantes, sea para admitir la calificación como consumidor de una sociedad comercial (21), o bien para excluir tal carácter en

---

(18) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino”, cit.

(19) Ibidem. Ver también SANTARELLI, Fulvio, *Contrato y mercado*, ps. 163 y ss. TAMBUSSI, Carlos (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada*, cit., p. 59.

(20) Un elemento interpretativo de utilidad es, en el contexto del Mercosur, la Resolución 34-2011 del Grupo Mercado Común. Esta norma también adopta el criterio del destinatario final para caracterizar al consumidor, precisando que “no se considera consumidor aquel que sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. La expresión “insumo directo” aporta claridad para establecer los alcances del concepto, en especial cuando se trata de sujetos que realicen también alguna actividad comercial o empresarial dentro del mercado.

(21) En ese sentido, v. CNCom, sala A, “Artemis Construcciones S.A c. Diyón S.A y otro”, 21/11/2000, LL 2001-B-838.

el supuesto de empresarios individuales(22), o cuando tratándose de una persona jurídica de carácter comercial no está acreditado fehacientemente el destino final ajeno al giro comercial(23).

Profundizando el análisis de la categoría, cabe mencionar que los textos legales vigentes permiten distinguir diversos niveles de consumidor, siempre a condición de que se verifique el requisito de actuar como destinatario final, en el sentido antes precisado. Así, resulta posible diferenciar entre(24):

(22) En un caso fallado antes de la entrada en vigor de las reformas introducidas por la Ley 26.361, la CNCom., Sala B, en autos "Goyeneche, Omar A. v. Loma Negra Compañía S.A. y otros", 13/4/2007, en un caso donde se perseguía la reparación de daños, afirmó que "No puede ampararse en la Ley de Defensa del Consumidor el comerciante que efectúa una compra adquiriendo mercaderías para integrarlas al proceso de construcción de un complejo destinado a la enseñanza y práctica de natación". LL Online: 35022341.

(23) CNCom., Sala D, en autos "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c. Banco Santander Río S.A. s/ordinario, 26/03/2013, en oportunidad de admitir la legitimación de una asociación de consumidores para el inicio de una acción colectiva contra una entidad bancaria, con criterio restrictivo se sostuvo que "con relación a las personas jurídicas de carácter comercial, su inclusión en la clase requiere probar con precisión que está involucrada una actividad de consumo, ya que ello no puede presumirse tratándose de sociedades comerciales, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas y con las personas jurídicas de carácter no comercial", en LL Online: AR/JUR/14317/2013. Más recientemente, el mismo tribunal, en autos "Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Credikot Ltda. c. AMX Argentina S.A. s/ordinario", 5/9/2017, afirmó que "Encontrándose reconocido en el escrito inicial que la cooperativa tiene como actividad exclusiva la comercialización de préstamos crediticios, para lo cual cuenta como herramienta esencial para el "desarrollo comercial de la entidad" una red de 58 líneas celulares, debe desestimarse el pedido de aplicación de la multa prevista en el art. 52 bis de la Ley 24.240, toda vez que el uso exclusivamente comercial de las líneas telefónicas la sustrae de las disposiciones previstas en la ley consumeril", en LL Online: AR/JUR/73232/2017.

(24) Ver LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, cit., p. 87; FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino", cit.; JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, Constanza, *Cuestiones claves de Derecho del Consumidor a la luz del Código Civil y Comercial*, Advocatus, Córdoba, 2017, ps. 32 y ss. La distinción indicada fue acogida por las conclusiones de la Comisión N° 9 de las

a) El consumidor directo o contratante, entendiéndose como tal a "...toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social" (art. 1º, primer párrafo). En este caso el emplazamiento como consumidor resulta de la celebración de un contrato dirigido a la adquisición de un bien o prestación de un servicio(25), siendo irrelevante el carácter oneroso o gratuito del contrato.

b) El usuario o consumidor material o fáctico (o tercero beneficiario), también llamado por algunos autores consumidor indirecto. Esta calidad que resulta del mero empleo, utilización o disfrute de bienes o servicios sin ser parte del contrato de consumo(26). Así puede inferirse de la expresión empleada en el segundo párrafo del art. 1092 del Cód. Civ. y Com. y del art. 1º de la ley 24.240, cuando disponen que se "...considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". Con esa solución, se extiende la protección legal a sujetos que, sin haber sido partícipes de un vínculo contractual, ostentan la condición de beneficiarios fácticos de los efectos de dicho negocio. La fórmula comprende tanto a los meros usuarios materiales del producto o servicio que no se han vinculado directamente con el proveedor, como también a los terceros beneficiarios de algún derecho comprendido en la relación de consumo celebrada por otro (v.gr.: seguro de vida). En ambos supuestos se trata de sujetos que habitualmente tendrán alguna relación familiar o socialmente con el adquirente.

Formulada esta reseña sobre los alcances de la categoría de consumidor en el Derecho se analizará a continuación la regulación propuesta en el Anteproyecto de reforma a la Ley de Defensa del Consumidor

XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Córdoba en el año 2009.

(25) LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, cit., p. 87. FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino", cit., 997.

(26) Ídem.

### III.2. La categoría de consumidor en el art. 2º del Anteproyecto de LDC

Al tiempo de precisar la categoría de consumidor, el Anteproyecto se muestra respetuoso de la tradición consolidada respecto de sus elementos estructurantes, como así también los consensos doctrinarios alcanzados en torno a la misma, como por ejemplo no restringir la protección solo a la persona humana. De esto da cuenta la redacción dada al art. 2º, cuando expresa que “Es consumidor la persona humana o jurídica que adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

“Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo originaria, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Como ya se señaló, se preservan los elementos estructurantes de la categoría que hoy rigen en nuestro Derecho. La idea de destinatario final sigue siendo el núcleo de la categoría, con los alcances dados en la interpretación doctrinaria y jurisprudencial del régimen vigente. Además, se ha optado por conservar a la persona jurídica dentro del ámbito de protección, lo cual denota una opción de política legislativa por continuar protegiéndola cuando participa como destinataria final de bienes y servicios, según se analizara precedentemente.

Más allá de lo estructural, la disposición proyectada muestra algunos cambios que, lejos de ser sutilezas de lenguaje, entrañan pueden ser interpretados como un perfeccionamiento de la técnica legislativa empleada que aportan precisiones y claridad en torno a la delimitación de la categoría.

Las diferencias que se advierten son dos:

1) La primera parte del texto transcrito refiere ahora de manera indubitable solo a la figura del *consumidor directo o stricto sensu*, conforme surge de la expresión “adquiere, de modo gratuito u oneroso”, empleada para englobar bajo ese término cualquier figura contractual

que posibilite el acceso a bienes o servicios. La supresión de la expresión “utiliza”, presente en los textos vigentes, ya no daría lugar a interpretar que el primer tramo de la norma pudiera aludir también al consumidor indirecto o material, en cuanto usuario fáctico del bien o servicio.

2) En el segundo párrafo de la disposición transcripta se receipta con mayor claridad la figura del consumidor material o fáctico, denominado así porque accede al uso de un bien o servicio como destinatario final sin un vínculo contractual previo que lo relacione con el proveedor. La norma proyectada capta esa situación a través de una expresión mucho más precisa que las vigentes; así, el consumidor equiparado, no siendo partícipe de una “relación de consumo originaria”, resulta protegido por el solo hecho de utilizar bienes o servicios como consecuencia o en ocasión de aquella, circunstancia que a su vez conduce a situarlo en una nueva relación de consumo con el proveedor “originario”. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de los hijos que se benefician con los servicios del contrato de medicina prepaga celebrado por su madre para todo el grupo familiar, o de la extensión de una tarjeta de crédito, o en quien utiliza un bien que le fue obsequiado por un amigo para su cumpleaños, cualquiera de ellos podrá invocar los derechos reconocidos en el régimen protectorio o interponer las acciones correspondientes si los mismos fueren negados.

Una consideración final merece la postura del Anteproyecto en cuanto se define por mantener un concepto unitario de consumidor. Aunque se abre, al igual que el Código Civil y Comercial (27), a reconocer los particularismos de algunas problemáticas específicas en ciertos segmentos de la actividad económica, no construye un concepto diferenciado de consumidor para atender a esas situaciones.

(27) Sobre el tema HERNÁNDEZ, Carlos A., “Relación de consumo”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (Dir.) *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. I, p. 412. También planteábamos la cuestión, antes de la vigencia del Cód. Civ. y Com., en FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino”, cit.

### III.3. El tratamiento del sujeto “expuesto” a la relación de consumo en el Anteproyecto

Un rasgo sobresaliente del Anteproyecto está dado por el tratamiento que da a la figura del “expuesto a la relación de consumo”. Cabe recordar que esa categoría aparece en nuestro Derecho en oportunidad de la reforma que la ley 26.361 hizo al art. 1° de la ley 24.240, en el año 2008, aunque ya registraba antecedentes en ciertos precedentes jurisprudenciales (28). También la figura era conocida en el Derecho latinoamericano (29). No obstante, el hecho que el legislador nacional le diera alcances generales tornó conflictiva la determinación de sus contornos, dando lugar a algunas críticas que apuntaban a las dificultades para precisar con exactitud su significación y alcances (30).

En un intento por enunciar sus perfiles, se sostuvo que el expuesto podía ser entendido como todo aquel que resultaba beneficiario de acciones o conductas desplegadas por el proveedor profesional en el mercado de bienes. De manera tal que, todo sujeto situado frente a peligros derivados de una relación de consumo o que resultare efectivamente afectado debido a ella, quedaría legitimado a ejercer los derechos reconocidos al consumidor. Desde esa perspectiva, se argumentaba que la figura adquiriría

significación, entre otras situaciones posibles, para atrapar en la protección a sujetos indeterminados expuestos a prácticas comerciales abusivas y a los sujetos expuestos a los defectos de seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor (31).

Es oportuno puntualizar que la equiparación del “expuesto” a la figura del consumidor a los fines de brindarle la protección legal dispensada a éste, encuentra justificación en la idea de prevención que informa al Derecho del Consumidor y en la dimensión colectiva de los intereses protegidos. Su inclusión dentro de la categoría de consumidor supone reconocer que, más allá de quien contrata con un proveedor o de quien utiliza un bien o servicio adquirido por otro, existe una masa de sujetos determinados o indeterminados que potencialmente pueden resultar beneficiarios de consecuencias derivadas de conductas u omisiones de los proveedores en el mercado.

Lo cierto es que el Código Civil y Comercial de la Nación, permeable a las críticas antes mencionadas, restringió la protección del expuesto al no incluirlo en la actual redacción de los arts. 1° de la ley 24.240 y 1092 del Cód. Civ. y Com. La figura vio circunscripta su actuación al ámbito de las prácticas abusivas, la información y la publicidad (conf. art. 1096 Cód. Civ. y Com.), atendiendo a la circunstancia de que las conductas del proveedor en esos campos suelen tener aptitud para lesionar o poner en riesgo derechos del público en general (32).

La regulación que el Anteproyecto de LDC propone sobre el tema da cuenta de una solución superadora de las incertidumbres y cuestionamientos que ha generado el régimen

(28) La CS, en autos “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, 6/3/2007, sostuvo que “la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quiénes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales” (en el considerando 8, del voto impersonal de la mayoría), JA 2007-II-483.

(29) LANNI, Sabrina, *América Latina e tutela del consumatore*, cit., pp. 389. Téngase presente que la RE-123-1996 del Grupo Mercado Común, expresa en la segunda parte del art. 1 de su Anexo que “Equipáranse a consumidores a las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo”.

(30) STIGLITZ, Rubén S. - PIZARRO, Ramón D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-B-954.

(31) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino”, cit.; ver también JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, Constanza, *Cuestiones claves de Derecho del Consumidor a la luz del Código Civil y Comercial*, cit., ps. 36 y ss.

(32) HERNÁNDEZ, C. - FRUSTAGLI, S., “Aspectos relevantes de la relación de consumo en el proyecto de código civil y comercial de 2012. Proyecciones de sistema sobre el régimen estatutario de reparación de daños al consumidor”, en JA 2012-IV-807.

actual(33). Además, guarda plena coherencia con los principios sistémicos enunciados en el art. 5º (v.gr.: de progresividad y no regresión, de transparencia de los mercados, de prevención de riesgos, de precaución, antidiscriminatorio, etc.). Al respecto, el párrafo final del art. 2º afirma que “Las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad son aplicables a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo”. Se emplea una redacción asertiva para volver a incluir al expuesto dentro del ámbito subjetivo de aplicación del régimen consumeril, extendiéndose la protección de manera explícita a los sujetos, determinados o indeterminados, que vean amenazada o afectada la seguridad a la que tienen derecho en el mercado, como así también cuando la amenaza o afectación a sus derechos resulte de la inobservancia del deber de información, de la publicidad o de las prácticas abusivas en las que incurran los proveedores.

La solución proyectada coloca al Anteproyecto en una de las líneas interpretativas que se abrieron camino en la doctrina, como se muestra en el despacho I.2. de la Comisión N° 8, de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, octubre de 2013), donde se concluyó por unanimidad que “la categoría de consumidor y usuario reconocida en nuestro ordenamiento jurídico comprende al destinatario final de bienes y servicios, y al expuesto a la relación de consumo. Esta última figura amplía la categoría conceptual del consumidor y usuario con sustento en la función preventiva y reparatoria que despliegan numerosos institutos del Derecho del Consumidor y se justifica también por la proyección colectiva que suele tener la afectación de sus derechos”. La Fundamentación del Anteproyecto alude de manera explícita al seguimiento de esta corriente con el propósito de “zanjar las disputas que aún existen en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia”.

Las razones que conducen a incluir al expuesto en la categoría alejan cualquier interpretación restrictiva que pretendiera hacerse sobre los alcances de la tutela que se le dispensa. Esto significa que, dentro del contexto descripto de

exposición a conductas u omisiones del proveedor, el consumidor expuesto se encontrará facultado para utilizar todas las herramientas jurídicas pertinentes admitidas en el ordenamiento protectorio para la defensa los derechos que le son reconocidos (v.gr.: posibilidad de entablar acciones preventivas, resarcitorias, acciones colectivas, invocar el beneficio de gratuidad, solicitar daños punitivos, entre otras). Una lectura distinta resultaría contraria a la regla hermenéutica *favor consumidor* consagrada en el art. 1093 Cód. Civ. y Com.).

#### IV. El consumidor hipervulnerable

El consenso doctrinario y jurisprudencial alcanzado en orden a reconocer la necesidad de acentuar la actuación del principio protectorio en situaciones de especial vulnerabilidad encuentra explicitación en el Anteproyecto de LDC(34)(35), dando completitud al perfilamiento de la categoría de consumidor.

(34) En la doctrina nacional p. v.: LORENZETTI, Ricardo, Consumidores, cit., p. 78; FRUSTAGLI, Sandra A.- HERNÁNDEZ, Carlos A., “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino”, en LA LEY, 2011-E, p. 998; FRUSTAGLI, Sandra, “La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino”, en *Revista de Derecho del Consumidor*, N° 1, noviembre 2016, IJ Editores, accesible desde <http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=70c95fe26afcead21622866207afa8f2>; ARIAS, María Paula - URRUTIA, Liliana (coords.), *Protección jurídica de los subconsumidores*, Juris, Rosario, 2017; BAROCELLI, Sergio S., “Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio”, LL 2018-B-783 (cita online: 0003/014059).

(35) Entre los diversos precedentes jurisprudenciales que han atendido especialmente a esas vulnerabilidades concretas pueden citarse: SCJ Mendoza, “Bloise de Tucci, Cristina c. Supermercado Makro S.A.”, 26/7/2002, LL Gran Cuyo, 2002-726; CNCiv., sala L, “Fernández Alfredo Daniel c. Easy Cencosud SA”, 6/3/2008, RCyS, VI, 2008, p. 102; CCiv. y Com. San Martín, sala I, “L., M. G. c. INC S.A. c. Supermercados Carrefour y otros s/daños y perjuicios”, 17/9/2015, RCyS 2015-XII-132. En este último caso, se condenó a la demandada a indemnizar a una mujer discapacitada que tenía una prótesis de titanio en su columna fue maltratada por personal de seguridad del establecimiento, cuando la alarma de la salida se activó a causa de la prótesis; la sentencia se basó en el trato indigno del que fuera beneficiaria la víctima, pero tomó en consideración esa especial vulnerabilidad que mostraba.

(33) JUNYENT BAS, FRANCISCO - GARZINO, Constanza, *Cuestiones claves de Derecho del Consumidor a la luz del Código Civil y Comercial*, cit., ps. 40 y ss.

Dicha problemática constituye un claro punto de conexión de los derechos del consumidor con la teoría de los derechos humanos (36). Pese a que la identificación de grupos vulnerables es objeto de análisis desde ámbitos más generales del Derecho (37), en especial con enfoques sociológicos, la cuestión se refleja en el campo del Derecho del consumo donde ha quedado patentizada la existencia de grupos de consumidores que exhiben niveles de vulnerabilidad agravados por condiciones peculiares inherentes a la persona concreta, o bien relativos a la especial situación por la cual atraviesan o se encuentran (38).

El posicionamiento axiológico del Anteproyecto en el tema no sólo es incuestionable sino también plausible. En efecto, diversos tramos del Anteproyecto se ocupan de la cuestión. En primer lugar, dentro de la Sección 1ª, Capítulo I, dedicada a establecer el ámbito de aplicación del sistema protectorio, el art. 3º dispone que, “El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la

seguridad deben ser especialmente garantizados”. La perspectiva metodológica empleada es evidencia de que se ha querido afirmar la transversalidad del tema. Igual conclusión arroja la lectura el art. 5º, apartado 6, al prescribir que “El sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad, entre otras”, donde puede decirse que la protección del consumidor hipervulnerable adquiere la jerarquía de un nuevo principio general.

Luego, coherentemente con esas dos grandes directrices mencionadas, numerosos pasajes del Anteproyecto puntualizan mandatos específicos que obligan a dimensionar la situación de hipervulnerabilidad en el funcionamiento de herramientas e institutos particulares. Tal es el caso de lo establecido en el art. 8, apart. 2, *in fine*; en el art. 10, apart.4, *in fine*; en el art. 13 inc. 1º; en art. 19, *in fine*; en el art. 80 último párrafo; la idea subyace también en los arts. 24 y 45. En síntesis, todas esas disposiciones complementan la proclamada acentuación del principio protectorio en casos de especial fragilidad del consumidor, con claro anclaje en el sistema de derechos humanos.

## V. Palabras finales

El análisis de normas proyectadas sitúa al estudioso en la tarea de mirar con responsabilidad la integralidad del sistema. Dentro del tema puntual aquí considerado, solo cabe concluir que la categoría de consumidor, en sus diversas dimensiones, resultará fortalecida, en caso que el Anteproyecto de LDC se convierta en ley.

(36) FRUSTAGLI, Sandra - HERNÁNDEZ, Carlos, “La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales”, cit.

(37) P. v. URIBE ARZATE, Enrique y GONZÁLEZ CHÁVEZ, María L., “La protección jurídica de las personas vulnerables”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, nro. 27, año 2007, Colombia, ps. 205-229. LUNA, Florencia, “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”, JA 2008-IV-1116.

(38) Ver FRUSTAGLI, Sandra, “La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino”, en *Revista de Derecho del Consumidor*, cit.

# La categoría “consumidor”

---

WALDO SOBRINO (\*)

## I. Preliminar

**I.1.** Con fecha 6 de diciembre de 2018 se presentó el *Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor* para reemplazar la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, que fuera sustancialmente modificada y mejorada a través de la ley 26.361.

**I.2.** Seguidamente, efectuaremos un breve análisis del art. 2º referido a la *categoría de consumidores*, donde haremos especial hincapié en las modificaciones, novedades y eliminaciones que se realizaron respecto de la normativa vigente de protección de los consumidores.

**I.3.** Inicialmente, debemos señalar que la Comisión que redactó el *Anteproyecto* está conformada por destacados doctrinarios de reconocido prestigio que proponen varios cambios a la normativa vigente.

También manifestamos que, a pesar de la calidad intelectual de los autores del *Anteproyecto*, humildemente expondremos nuestra opinión respecto de la norma y su interpretación.

Sin perjuicio de ello, es que tenemos muy claro que no somos los dueños de la verdad y que las críticas que seguidamente señalaremos tienen como única finalidad realizar un pequeño aporte, para tratar —entre todos— de brindarle la mayor protección posible a uno de los colectivos de la sociedad más desprotegido: *los consumidores*.

## II. Introducción indispensable: Aportes de diversos Premios Nobel de Economía del siglo XXI con relación a los consumidores

**II.1.** Antes de iniciar el análisis del art. 2º del *Anteproyecto* referido a la *categoría de consumidor*, es que, haciendo una autocrítica, entiendo pertinente recordar al querido amigo y maestro Carlos Ghersi (1), cuando desde hace varias décadas nos venía insistiendo que para un correcto estudio del *derecho*, también debíamos abreviar en otras ciencias como la *economía*, la *psicología*, la *sociología*, la *filosofía*; la *antropología*, etcétera.

**II.2.** Por ello, en forma asaz resumida, queremos recordar ciertos aportes de diversos *Premios Nobel de Economía* del *siglo XXI*, que aportan estudios científicos de real valía y que

---

(\*) Doctor en Derecho. Profesor adjunto de Derecho Civil, en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires. Director del Posgrado de Seguros y el Código Civil y Comercial, en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires. Profesor del Doctorado Internacional, en la materia Consumidores de Seguros, que se dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha dado más de setecientas conferencias y disertaciones en la Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Uruguay, República Dominicana, Estados Unidos y Suiza. Escribió más de doscientos cincuenta artículos en libros, revistas y publicaciones especializadas en la Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Venezuela, Uruguay y España. Autor de: *Seguros y el Código Civil y Comercial*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2018; *Consumidores de seguros*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

---

(1) GHERSI, Carlos, *Contrato de seguro. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 2007, cap. 1, “Funciones y caracterización del seguro”, apart. A), acápite 2, p. 5.

cambian en forma radical muchos de los *axiomas* que atávicamente venimos repitiendo durante siglos.

Así, es oportuno abreviar en las enseñanzas de Daniel Kahneman (2), George Akerlof - Robert Shiller (3), Joseph Stiglitz (4) y Richard Thaler (5).

**II.3.** Con relación a los *consumidores*, algunas de dichas cuestiones ya venían siendo desarrolladas por la doctrina, como, por ejemplo: la *no existencia de "consentimiento"*, la *falta de libertad contractual*, la *inexistencia de la autonomía de la voluntad*, etcétera.

Y otros temas de los que, si bien teníamos una idea intuitiva (como, por ejemplo, la *falta de racionalidad de las decisiones de las personas*, en especial, los *consumidores*), han sido avalados científicamente.

**II.4.** Atento a las limitaciones del presente trabajo, es que haremos solamente una brevísima mención de los temas antes mencionados, señalando que hay autores que ya han avanzado en el estudio de dichas cuestiones, como Fernando Shina (6) y Demetrio Alejandro Chamatropulos (7).

**II.5.** Quizás el principal autor es Daniel Kahneman (que ganó el *Premio Nobel de Economía*

en el año 2002, pero es de profesión *psicólogo*), quien *pone en duda que todas las decisiones de las personas sean racionales...* (8).

Incluso, uno de los mayores aportes es que deja de lado la teoría del *homo economicus racional* y señala que la realidad pura y dura es que los *consumidores* son —somos— personas que actúan por medio del denominado "Sistema 1", es decir, que toman las decisiones con un criterio "... veloz, intuitivo y emocional..." (a diferencia del "Sistema 2" que es *lento, reflexivo y lógico*) (9).

**II.6.** También explica Daniel Kahneman que las personas en general y los consumidores en particular, suelen actuar según la "Heurística intuitiva", es decir, "... cuando nos vemos ante una cuestión difícil, a menudo respondemos a otra más fácil, por lo general sin advertir la sustitución..." (10).

Así, de acuerdo con la Real Academia Española, la "heurística" es "... la manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, por tanteo, reglas empíricas, etc...", de manera tal que Kahneman explica que cuando una persona tiene que tomar una decisión respecto a una "cuestión difícil" que no comprende, en forma inconsciente *reemplaza la "cuestión difícil" por una "pregunta fácil"* respecto de la cual tiene la respuesta.

Pero lo *irracional* de dicho *reemplazo* es que la *pregunta fácil* (que nos hacemos a través de la *heurística*) no tiene relación directa, específica y concreta con la *cuestión difícil* que tenemos que resolver.

De esta forma, por ejemplo, si tengo que comprar un *seguro de incendio*, donde existe una "cuestión difícil" con términos que no comprendo cabalmente (v.gr., *prorrata; reticencia, agravación del riesgo, infraseguro, distribución de las sumas aseguradas entre las "partes comu-*

(2) KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Penguin Random House Grupo Editorial, Buenos Aires, 2018.

(3) AKERLOF, George - SHILLER, Robert, *La economía de la manipulación (cómo caemos como incautos en las trampas del mercado)*, Paidós, Buenos Aires, 2016.

(4) STIGLITZ, Joseph, *La gran brecha (qué hacer con las sociedades desiguales)*, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara SA de ediciones, Buenos Aires, 2015.

(5) THALER, Richard, *Portarse mal (el comportamiento irracional en la vida económica)*, Paidós, Buenos Aires, 2017.

(6) SHINA, Fernando, "Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil", donde se explican varios de los aportes científicos de Daniel Kahneman, publicado en *www.saij.gob.ar*, Id SAIJ: DACF180271, 18 de diciembre de 2018.

(7) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Orden público y *nudges* en el Código Civil y Comercial (algunos aportes desde la economía del comportamiento)", donde se analizan los aportes de la *economía conductual* de Daniel Kahneman, publicado en la *Revista del Código Civil y Comercial* del mes de noviembre de 2017.

(8) KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., "Introducción", p. 20.

(9) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Qué hacer ante las decisiones 'no racionales' de los consumidores?", LL del 19 de octubre de 2017.

(10) KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., "Introducción", p. 27.



nes” del edificio y las “partes propias” del asegurado, etc.), es que en forma inconsciente los reemplazo por una “pregunta fácil” respecto de la que tengo una respuesta.

Por ello, hago una *analogía impropia e infundada*, como podría ser si el *seguro de automotor*, donde me pregunto (*pregunta fácil*) si he tenido problemas con cuestiones vinculadas con *prorrata; reticencia, agravación del riesgo, infraseguro*.

Al no haber tenido *problemas* con el *seguro de automotor* con las *cuestiones difíciles* que no comprendía del *seguro de incendio*, es que tomo la decisión de avanzar en la contratación, convencido de que adopto una *decisión racional*.

El gravísimo problema es que las “cuestiones difíciles” del *seguro de incendio* (como, por ejemplo: *prorrata; reticencia, agravación del riesgo, infraseguro, distribución de las sumas aseguradas entre las “partes comunes” del edificio y las “partes propias” del asegurado*, etc.), que son respondidas a través de una “pregunta fácil” del *seguro automotor*, es que casi no tienen ninguna vinculación directa con el tema de fondo que tenía que analizar (v.gr., *seguro de incendio*).

En efecto, las *cuestiones difíciles* que el *consumidor* se las autorrespondió inconscientemente a través de una *pregunta fácil*, lo hizo sin saber que la aplicación de dichas cuestiones en el *seguro automotor* son significativamente menores a su utilización en los *seguros de incendio*.

Pero el *consumidor* está feliz y contento, creyendo que con dicha *sustitución de preguntas* había realizado un *razonamiento lógico* (cuando en verdad dicha *sustitución de preguntas* no tiene casi ningún fundamento técnico).

**II.7.** Aquí se aplica lo que también alerta Kaheman respecto del “efecto halo”, es decir, la “coherencia emocional exagerada” por parte de la persona que tiene que tomar una decisión(11), generando una *confianza desmesurada* en su (supuesto) razonamiento.

(11) KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., primera parte, acápite 7, “Una máquina para saltar a las conclusiones”, “Coherencia emocional exagerada (efecto halo)”, p. 112.

Y, desde la perspectiva del *consumidor* que no toma decisiones *racionales*, se encuentra complementado con el *método “WYSIATI”* (*what you see is all there is*) (12), es decir: “lo que vemos es todo lo que hay” (13).

De esta manera, en el “Sistema 1” el *consumidor* que tiene que tomar una *decisión rápida e inmediata* (que debe resolver en forma veloz y automática), en forma inconsciente se *arma una historia mental* para seguir avanzando rápidamente (14).

**II.8.** Complementando lo antes desarrollado, debemos también mencionar a George Akerlof (Premio Nobel de Economía en el año 2001) y Robert Shiller (Premio Nobel de Economía en el año 2013) (15), quienes enseñan que no es cierto que exista una *absoluta racionalidad* en las *decisiones de los agentes económicos* (muy en particular, en el caso de los *consumidores*).

(12) SHINA, Fernando, “Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil”, cit., donde el destacado autor expone que “... vuelve a acertar Kahneman cuando señala que la confianza que los individuos tienen en sus creencias depende sobre todo de la cualidad de la historia que pueden contar acerca de lo que ven, aunque lo que ven sea poco. A menudo dejamos de tener en cuenta la posibilidad de que falte evidencia que podría ser crucial en nuestro juicio; lo que vemos es todo lo que hay...”.

(13) KLOSTERMAN, Chuck, *But what if we're wrong? (thinking about the present as it if were the past)*, Penguin Random House, Nueva York, 2017, p. 11, donde enseña que uno de los graves problemas que tenemos las personas cuando tenemos una pregunta es que asumimos que tenemos toda la información disponible (“... when considering any question, I’m going to assume that the information we currently have is all the information that will ever be available...”), cuando en realidad ello no es así.

(14) El *método WYSIATI* es otra manera del *Sistema 1* para arribar a conclusiones y respuestas rápidas (pero que no poseen el análisis y lógica del *Sistema 2*), de manera tal que el *método “... WYSIATI* facilita el logro de coherencia y de la facilidad cognitiva que nos hace aceptar una afirmación como verdadera...” (ver KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., primera parte, acápite 7 “Una máquina para saltar a las conclusiones”, acápite “Lo que vemos es todo lo que hay [WYSIATI]”, p. 119).

(15) AKERLOF, George - SHILLER, Robert, *La economía de la manipulación (cómo caemos como incautos en las trampas del mercado)*, cit., p. 12.

Como bien explica Yuval Noah Harari (16), en su obra *21 Lecciones para el siglo XXI* (capítulo 15, titulado “Ignorancia: sabes menos de lo que crees”), uno de los grandes problemas del pensamiento liberal es que sustentó el sistema sobre la base de un (inexistente) “individuo racional”, donde se supone de manera infundada que las personas son *agentes racionales independientes* y las “... ha convertido a estas ‘criaturas míticas’ en la base de la sociedad moderna...”

Así, señala Harari que adhiere a lo enseñado por los expertos en *economía conductual* (17) y los *psicólogos evolutivos*, en el sentido de que “... han demostrado que *la mayoría de las decisiones humanas se basan en reacciones emocionales y atajos heurísticos, más que en análisis racionales...*”

**II.9.** Y, finalmente, es trascendente recordar las enseñanzas de Richard Thaler (18) (Premio Nobel de Economía en el año 2017 (19), que continúa con las enseñanzas de Daniel Kahneman de la *economía conductual* y compartiendo la trascendencia del estudio del “Sistema 1” y del “Sistema 2”.

Incluso, con precisos fundamentos científicos, Thaler y Sunstein combaten la existencia del *mítico homo economicus*, que es pensado por los economistas tradicionales como el hombre medio de nuestra sociedad.

Al contrario, ese casi inexistente *homo economicus*, es decir el “Sistema 2”, enseñan Richard Thaler y Cass Sunstein que se asemeja a una réplica del *Señor Spock* de *Viaje a las Estrellas*, mientras que el hombre medio (v.gr., el *con-*

*sumidor promedio*), se encuentra mucho más cerca de *Homero Simpson* (20).

O para decirlo con otras palabras, el *consumidor medio* es el “hombre común” del “Sistema 1” (v.gr., de *decisiones rápidas, automáticas, irreflexivas, emocionales*); mientras que la persona reflejada en el “Sistema 2” que toma *decisiones lentas, pensadas y analíticas*, es el “superhombre” (semejante al descripto por Frederick Nietzsche) (21) (22).

De esta forma, con la finalidad de mejorar la situación de las personas comunes es que proponen la existencia de *nudges*, es decir, “pequeños empujoncitos”, que Demetrio Alejandro Chamatropulos denomina “reglas por *default*” u “opciones por omisión” (23).

**II.10.** Todo lo antes desarrollado era fundamental para poder comenzar a analizar a los *consumidores* y su situación de evidente desprotección en la sociedad moderna, donde se debe resaltar que no son válidos los pseudo fundamentos de la *economía tradicional*, que expresa que las *personas suelen tener actitudes racionales* y que todo se encuentra bajo el casi mágico manto de la *mano invisible* de Adam Smith.

### III. Consumidores

#### III.1. Ley 24.240

La ley 24.240 original fue el inicio de una etapa para la protección de los consumidores

(20) THALER, Richard - SUNSTEIN, Cass, *Un pequeño empujón (“Nudge”)*, cit., p. 38, donde explica que “... si suele ver la televisión, puede considerar al señor Spock de Star Trek, como un personaje cuyo sistema reflexivo siempre controla todo...”, agregando que “... por el contrario, Homero Simpson parece haber olvidado dónde puso su sistema reflexivo...”.

(21) NIETZSCHE, Frederick, *Así habló Zaratustra*, Lea, Buenos Aires, 2012, Prólogo de Zaratustra, p. 20,

(22) BENÍTEZ, Luis, en NIETZSCHE, Frederick, *Así habló Zaratustra*, cit., p. 13, donde explica que el *superhombre* tiene “... características de genio y de sabio...”.

(23) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Orden público y *nudges* en el Código Civil y Comercial (algunos aportes desde la economía del comportamiento)”, cit., donde el destacado doctrinario hace un profundo análisis respecto a los nuevos estudios que cuestionan la racionalidad de las decisiones de las personas en el ámbito económico.

(16) HARARI, Yuval Noah, *21 lecciones para el siglo XXI*, Penguin Random House, Buenos Aires, 2018, parte IV, cap. 15, ps. 241 y ss.

(17) KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., primera parte, acápite 1 “Los personajes de la historia”, apart. “Dos sistemas”, ps. 35 y ss.

(18) THALER, Richard - SUNSTEIN, Cass, *Un pequeño empujón (“Nudge”)*, Taurus, Buenos Aires, 2018, cap. 1 “Sesgos y Errores”, apartado “Cómo pensamos: Dos Sistemas”, p. 35, donde explican que el “Sistema 1” es automático, mientras que el “Sistema 2” es reflexivo.

(19) THALER, Richard, *Portarse mal (el comportamiento irracional en la vida económica)*, cit.

que tuvo altibajos y claroscuros, dado que, por un lado, se encontraba la doctrina de avanzada, que trataba de amparar a los más vulnerables y, por otro lado, estaba el *lobby* de las empresas que trataban de limitar dichos derechos.

Esta tensión de intereses, donde los *desprotegidos de siempre* intentaban que se respete su dignidad (art. 42 de la Constitución Nacional), muchas veces se veía irrazonablemente contrarrestada por la influencia de ciertas corporaciones (que Joseph Stiglitz denomina “capitalismo de pacotilla”, resaltando que “... en los últimos cuarenta años...” se “... está creando una nueva plutocracia...”)(24).

Así, la ley 24.240, si bien tenía una concepción restringida relacionada con el *contrato de consumo* (y, no tanto, con la *relación de consumo*), en su momento significó un gran avance para la protección de los consumidores.

### III.2. Ley 26.361

Luego, en el año 2008 se dictó la ley 26.361 que implicó uno de los pasos más importantes para la protección de los consumidores, en especial con la referencia a los *beneficiados directos* y los *terceros expuestos*.

De esta forma, tuvo carta de ciudadanía uno de los conceptos legales más revolucionarios de nuestro derecho (y que recordamos que tiene anclaje en el art. 42 de la Constitución Nacional): la *relación de consumo* (25).

Entre tantos avances positivos, podemos mencionar el concepto de *consumidor*, donde se establecía que “... se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como *destinatario final*, en *beneficio propio* o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está *expuesto* a una relación de consumo...”

(24) STIGLITZ, Joseph, *La gran brecha (qué hacer con las sociedades desiguales)*, cit., ps. 149 y ss.

(25) SHINA, Fernando, “Los derechos humanos y los derechos del consumidor. Entre el realismo mágico y el populismo jurídico”, publicado en elDial.com, DC2694, 7 de diciembre de 2018.

A raíz de la vigencia de la ley 26.361 se profundizó la defensa y protección de los consumidores (26), dado que entre otras cuestiones: i) se había ampliado sustancialmente el concepto de *consumidor* (con la *equiparación al consumidor* del “beneficiario directo” y el “tercero expuesto”); ii) se establecía la *prelación normativa* de la normativa consumerista; iii) se incorporaban los *daños punitivos*; iv) se ampliaba el plazo de la *prescripción*, v) se profundizaba la idea de que las *víctimas de accidentes de tránsito* también eran *consumidores* (27); vi) etcétera (28).

## IV. Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**IV.1.** En el art. 2º del Anteproyecto, bajo el título de “Categoría de consumidor” se establece:

“... Es consumidor la persona humana o jurídica que adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...”

“... Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo originario, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...”

“... Las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad son aplicables a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo...”

**IV.2.** Seguidamente, analizaremos las pautas del *Anteproyecto* haciendo la pertinente comparación con: i) la *Ley de Defensa del Consumidor vigente*; ii) con la *anterior Ley de Defensa del Consumidor (con las modificaciones de la ley 26.361)*, y iii) con lo establecido en el *Código Civil y Comercial de la Nación*.

(26) SOBRINO, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial*, 2ª ed. actual. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, cap. I “Consumidores y el Código Civil y Comercial”, cap. I.1., “El bloque legal de derecho de consumo”, ps. 1 a 199

(27) SOBRINO, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial*, cit., t. I, cap. VIII “Las víctimas de siniestros y el Código Civil y Comercial”, acápite VIII.1. ps.425 a 465.

(28) SHINA, Fernando, *Sistema legal para la defensa del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2016.

## V. Modificaciones terminológicas de la “categoría de consumidor” en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**V.1.** Existen algunas modificaciones que no son de fondo, sino que se trata de adaptaciones terminológicas, de acuerdo con la normativa vigente.

Así, en la Ley de Defensa del Consumidor se hace mención a la “persona física”, que luego en el Código Civil y Comercial hace referencia a la “persona humana” (arts. 19 y siguientes del Código Civil y Comercial).

Por ello, en el art. 2º del *Anteproyecto* se continúa con la terminología del Código Civil y Comercial, haciendo mención a la “persona humana”.

**V.2.** También en el primer párrafo del art. 2º se elimina la palabra “utiliza”. Antes el texto de la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial hacían referencia cuando el consumidor “... adquiere o utiliza...” bienes o servicios.

Asimismo, en el segundo párrafo, respecto del *consumidor por equiparación* se elimina la palabra “adquiere”, debiendo señalarse que en el texto actual dice “... adquiere o utiliza...” bienes o servicios.

La explicación del segundo caso (v.gr., *consumidor por equiparación*) podría llegar a buscarse en el hecho de que, por definición, al tratarse de un *consumidor por equiparación*, es que resulta harto difícil que hubiera “adquirido” el bien o servicio, sino que solamente lo *utiliza*.

Un poco más complicada nos resulta la explicación de la eliminación de la palabra “utiliza” en los bienes o servicios, en el párrafo primero (v.gr., consumidores), dado que los *consumidores* pueden *utilizar* bienes o servicios (como sería, por ejemplo, el caso de la utilización de servicios de telefonía, Internet, etc.).

Sin perjuicio de ello, es que más allá de lo apuntado, una correcta interpretación judicial no tendría que tener problema con la eliminación de la palabra *utiliza*, dado que fácilmente puede incluir la *utilización* de los bienes y servicios dentro del amplio concepto de *adquirir*.

## VI. Ventajas de la “categoría de consumidor” en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**VI.1.** En el segundo párrafo referido a los *consumidores equiparados* que *no son parte de la relación de consumo* se le agrega la palabra “originaria”.

La incorporación de la palabra *originaria* respecto de la *relación de consumo* es interesante desde el punto de vista conceptual, dado que siempre nos pareció que no era estrictamente correcto decir que el *beneficiario* no formaba parte de la *relación de consumo*, dado que —en verdad— no estaba incluido en el *contrato de consumo*, pero —efectivamente— el *beneficiario* es parte de la *relación de consumo*.

De esta forma, con el agregado de la palabra “originaria” se brinda claridad a la cuestión, dado que el *beneficiario* no es parte de la *relación de consumo* “originaria”, pero luego, al *utilizar* los bienes o servicios, se incorpora dentro de la *relación de consumo*.

**VI.2.** Otra gran *ventaja* del *Anteproyecto* es que dentro de la *categoría de consumidores*, también se agregaron a los “consumidores hipervulnerables”, prestándole especial atención a un colectivo de conciudadanos que se encuentran en situaciones más agravadas que el consumidor medio.

Atento que los *consumidores hipervulnerables* se encuentran normados en el art. 3º, es que *brevitatis causae* nos remitimos a lo desarrollado en dicho artículo.

**VI.3.** Por lo expuesto, podemos señalar que el *Anteproyecto* continúa la senda que se venía desarrollando normativamente en nuestro país, haciendo en algunos casos ciertas modificaciones oportunas.

También debemos resaltar que uno de los mayores cambios que se producen en la *categoría de consumidores* (art. 2º) se da con relación a los *terceros expuestos*, que, atento a su trascendencia, lo desarrollaremos en forma específica a continuación.

## VII. El *tercero expuesto* en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**VII.1.** La cuestión del *tercero expuesto* o *bystander* en la normativa de nuestro país ha ido recorriendo distintas situaciones, desde: i) su *inexistencia* en la original ley 24.240; ii) su *brillante inclusión* en la ley 26.361; iii) su intento de *restringirlo* en el Código Civil y Comercial, y iv) su *nueva regulación* en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor.

**VII.2.** Así, en el tercer párrafo del art. 2º del *Anteproyecto* se determina que "... las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad son aplicables a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo...".

**VII.3.** En nuestra humilde opinión, si bien —por un lado— en ciertos aspectos, el *Código Civil y Comercial de la Nación* brindó una interesante protección a los consumidores, es que, por otro lado, de manera impropia eliminó a los *terceros expuestos* y —además— en forma absolutamente irrazonable eliminó el plazo de *prescripción* que tenían los consumidores para accionar.

En el *Anteproyecto* se soluciona la cuestión de la *prescripción* (art. 183), y se realiza un cambio respecto del Código Civil y Comercial con relación a los *terceros expuestos*.

**VII.4.** Según desarrollaremos más adelante, se van a exponer —tentativamente— las eventuales interpretaciones "restringida" y "amplia" que se puede hacer del *tercero expuesto* de acuerdo con las pautas del art. 2º del *Anteproyecto*.

## VIII. ¿Existen legalmente los *terceros expuestos* como consumidores?

**VIII.1.** Si bien la pregunta del título puede parecer sorprendente, es que a nivel general, y en el derecho en particular, siempre tenemos presente la sabia frase de Miguel de Unamuno cuando enseñaba que "hay verdades, que por conocidas, se callan; pero que por callarse, se olvidan...".

**VIII.2.** De manera tal, que debemos señalar enfáticamente que los *terceros expuestos* se encuentran *incluidos* dentro de la "categoría de

consumidor", en el párr. 3º, del art. 2º del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor.

Como consecuencia de ello, es que la *primera certeza incontrovertible* es que los *terceros expuestos* se encuentran *expresamente regulados* dentro de la "categoría de consumidores" del art. 2º del *Anteproyecto*.

**VIII.3.** Sentado lo antes expuesto (que no es discutible legalmente), es que a continuación pasaremos a analizar los *alcances* de la regulación de los *terceros expuestos* (29), realizando una *interpretación restringida* y otra *interpretación amplia* (a la que adherimos).

## IX. Los *terceros expuestos* como consumidores: *interpretación restringida*

**IX.1.** Existe una especie de *leyenda negra* en contra de los *terceros expuestos*, dado que en su momento se realizaron una serie de apocalípticas profecías de hechos calamitosos (con consecuencias casi demoníacas) que su aparición legal podría producir en nuestro país.

*Pero nada de eso ocurrió...*

Mas, a pesar de ello, la *carga negativa* que se elaboró sobre la categoría de los *terceros expuestos* sigue vigente en la actualidad.

**IX.2.** Como consecuencia de ello, es que es dable suponer que cierta parte de la doctrina y jurisprudencia realicen una *interpretación restringida* del concepto de *tercero expuesto*.

**IX.3.** Para ello, es posible que se sigan las pautas del art. 1096 del Código Civil y Comercial, que *restringió* la aplicación de los *terceros expuestos* de manera *limitada* para las cuestiones vinculadas con las *prácticas abusivas*.

De esta manera, quizás se interprete por algunos autores que el art. 2º del *Anteproyecto* ha *ampliado* la *aplicación* protectoria del *tercero expuesto*, dado que no solo se va a ver amparado frente a las *prácticas abusivas* (art. 1096), sino que también tiene protección con relación

(29) SOBRINO, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial*, cit., t. I, cap. VIII, acápite VIII.1, apart. 6, pgs. 434 y ss.

a “.. las reglas sobre *información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad...*”

Si bien podría llegar a interpretarse como un avance a favor de los *consumidores*, la realidad nos indica todo lo contrario.

En efecto, no obstante tratarse de una mejora con relación al Código Civil y Comercial, es determinante resaltar que implica una *regresión* con respecto a la ley 26.361 (modificatoria de la ley 24.240), que en forma *amplia* había dado protección legal a los *terceros expuestos*.

**IX.4.** Entiendo que una de las *asignaturas pendientes* de la doctrina y la jurisprudencia es la profundización del análisis del *control de convencionalidad* con relación a toda la normativa legal (30).

Así, por estricta aplicación del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (31), que le otorga carácter supralegal a los Tratados de Derechos Humanos, es que corresponde resaltar que, entre otras cuestiones legales, se deben aplicar distintos *principios*, a saber: i) *Pro homine*; ii) *Operatividad*, iii) *Progresividad* y (iv) *No regresión* (32).

Y, en el caso de la *eliminación* de los *terceros expuestos* por parte del Código Civil y Comercial, estimamos que se produjo una clara violación del *principio* de “no regresión” (33),

(30) GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, “La dimensión dinámica y abierta de los Derechos Humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones Públicas”, cap. III “Control de Convencionalidad y Control de Constitucionalidad”, p. 1, publicado en LL del 19 de enero de 2018.

(31) MIDÓN, Mario, *Control de convencionalidad*, I Astrea, Buenos Aires, 2016.

(32) SHINA, Fernando, “Los derechos humanos y los derechos del consumidor. Entre el realismo mágico y el populismo jurídico”, cit., acápite v.

(33) GHERSI, Carlos, “El Código Civil y Comercial y los contratos”, disertación realizada en el *Ciclo de almuerzos académicos para Profesores de la Facultad*, donde expuso que por “... el principio de progresividad y no regresividad del Protocolo de San Salvador y el Pacto de San José de Costa Rica...” los derechos que tenía antes del 1 de agosto “... no pueden ser regresivos por este Código...”, publicado en *Derecho al Día*, Boletín Informativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año 14, nro. 259, 19 de noviembre de 2015, p. 1.

dado que se ha derogado una parte de la protección de los *consumidores* (art. 42 de la Carta Magna) (34).

Ello es así, dado que —justamente— el *principio de no regresión* establece una especie de *piso mínimo de orden público* que no puede ser restringido ni eliminado.

Por ello, es que entendemos que la *eliminación* de los *terceros expuestos* por parte del Código Civil y Comercial, no soporta el *control de convencionalidad*, dado que conculca abiertamente el principio de *no regresión* (35).

En lógica consonancia con ello, es que, con respecto al *Anteproyecto*, si se interpretase que el *tercero expuesto* tiene una protección *restringida y limitada* que se realiza *únicamente* con relación a *información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad*, se continuaría transitando en la senda de la *inconventionalidad* (36).

Ello se fundamenta en el hecho de que si en la ley 26.361 el *tercero expuesto* tenía una protección legal amplia y completa, no pueden ni el Código Civil y Comercial ni el *Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor* establecer una *restricción o limitación de los derechos del tercero expuesto* (37).

(34) ÁBALOS, María Gabriela, “Los Tratados como fuente del Código Civil y Comercial. Los dilemas que plantea el Control de Convencionalidad”, LL del 8 de enero de 2018, p. 1.

(35) GHERSI, Carlos, “*Inconstitucionalidad de la ley 26.994 y del Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos relativos a leyes de orden público*”, publicado en *www.editorialjuris.com*; cita: DJuris 240, 16 de octubre de 2015.

(36) HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad: ¿ puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores ?”, LL del 2 de agosto de 2017, p. 1, donde critica el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la sentencia “Ministerio de Relaciones y Culto” (referido al caso “Fontevicchia”), dictado con fecha 14 de febrero de 2017, señalando que “... se ha afectado el principio de ‘no regresividad’...”.

(37) GHERSI, Carlos, “La protección del consumidor por derivación de la inviolabilidad de la persona”, donde recuerda el Protocolo de San Salvador (adicional al Pacto de San José de Costa Rica., San Salvador, 17/11/1988) señalando que se establece “... el principio de progresividad de los derechos y la no regresividad de los ya

**IX.5.** Como consecuencia de todo lo expuesto, es que en nuestra opinión una *interpretación restringida* del concepto de *tercero expuesto* no solo sería inconveniente desde la perspectiva de la correcta protección de los consumidores, sino que derechamente no soportaría un *control de convencionalidad*.

Ello es así, dado que como bien explican Víctor Abramovich y Christian Courtis (38) “... la *obligación de no regresividad* constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativos y Ejecutivo...”

**IX.6.** Avalando todo lo expuesto, es que, para nuestra postura, también abrevamos en el art. 5º; punto 1, del mismo *Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, que correctamente, en forma expresa, determina dentro de la sección de “Principios” a los “principios de progresividad y no regresión”.

Así, por una cuestión de lógica interna y de no contradicción expresa, es que resultaría inconsistente que para interpretar el alcance de los *terceros expuestos* (art. 2º), se viole lo ordenado en forma puntual en el art. 5º, referido al *principio de no regresión*, donde se establece que la normativa de los consumidores se aplicará “... *sin retroceder* en los estándares de *tutela alcanzados en los niveles normativos de protección*...”

Nos preguntamos: *¿el artículo 5º es una mera expresión de deseos ingenua teórica, o —por el contrario— es una norma legal obligatoria?*

Si la respuesta es (como debe ser) que se trata de una *norma obligatoria* (que sigue las pautas del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), resulta muy claro que *no se puede violar el principio de no regresión*, de forma tal, que el concepto para la protección del *tercero expuesto*

adquiridos...”, publicado en elDial.com - DC2084, 5 de febrero de 2016.

(38) ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 1ª reimpr., prólogo de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2014, cap. 2, acápite 2.2.3, sub acápite 2, ps. 96 y ss., donde señalan que “... la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativos y Ejecutivo...”.

debe ser amplio y completo (de acuerdo con la ley 26.361) (39).

## **X. Los terceros expuestos como consumidores: interpretación amplia**

**X.1.** Complementando todo lo antes desarrollado en el acápite referido a la *interpretación restringida*, es que seguidamente brindaremos otros fundamentos, por los cuales se debería realizar una “interpretación amplia” de los *terceros expuestos*.

### **X.2. “Fundamentos del Anteproyecto”**

Allí se señala que “... se sigue al Despacho I.2 —aprobado por unanimidad— de la Comisión N° 8 de las XXV Jornadas de Derecho Civil de Derecho Civil (Buenos Aires, octubre de 2013) en donde se dijo que ‘la categoría de *consumidor y usuario* reconocida en nuestro ordenamiento jurídico *comprende* al destinatario final de bienes y servicios, y *al expuesto a la relación de consumo*’...”

Agregándose que “...esta última figura *amplía* la categoría conceptual del *consumidor*...”

Es decir, que en los propios *Fundamentos* del *Anteproyecto* se sostiene que el *tercero expuesto* no solo se encuentra *dentro de la categoría de consumidor*, sino que “*amplía*” la “*categoría conceptual*” del *consumidor*.

Así entonces, entendemos que no resulta dificultoso sostener que *el tercero expuesto se encuentra dentro de la categoría de consumidor*.

Ergo: *el tercero expuesto es un consumidor*.

### **X.3. Art. 2º del Anteproyecto**

En la misma senda se redacta el art. 2º donde, bajo el título de “Categoría de consumidor”, en el tercer párrafo *incluye* a los *terceros expuestos* a una relación de consumo.

Nuevamente aquí la conclusión es la misma: *si los expuestos a una relación de consumo se encuentran dentro de la “categoría de con-*

(39) SOBRINO, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial*, cit., t. I, cap. VIII, acápite VIII.1, apart. 6, ps. 434 y ss.

*sumidores”, es que los terceros expuestos son consumidores.*

**X.4.** Sentado lo antes expuesto (respecto de lo que entendemos que no debería haber dudas, en el sentido de que el *tercero expuesto* es un *consumidor*), es que ahora corresponde analizar los alcances de protección que les brinda el *Anteproyecto*.

Una alternativa sería considerar al *tercero expuesto* como un “consumidor con *capitis diminutio*” y la otra, implicaría reconocer al *tercero expuesto* como un “consumidor verdadero”

Seguidamente, analizaremos ambas alternativas.

#### *X.4.1. Tercero expuesto como consumidor con capitis diminutio*

A través de esta interpretación, se podría llegar a resultados análogos a los antes desarrollados respecto de la “interpretación restringida”, donde, siguiendo en forma exegética el *tercer párrafo* del art. 2º, se podría sostener que el *tercero expuesto* únicamente tiene amparo con relación a: i) *información*; ii) *publicidad*; iii) *prácticas abusivas*, y iv) *seguridad*.

Pero la gran pregunta es: *¿Y el resto de los derechos?*

Cuando en la práctica se deba aplicar específicamente la normativa legal a los *terceros expuestos* (art. 2º, párr. 3º, del *Anteproyecto*), nos preguntamos si les aplicarán también los siguientes derechos del propio *Anteproyecto*:

- *Principios* (art. 5º): Progresividad, no regresión, etcétera.

- *Derechos del consumidor* (art. 6º): aplicación de la Carta Magna; Tratados Internacionales, etcétera.

- *Deber de actuación de buena fe* (art. 7º).
- *Diálogo de fuentes* (art. 28).
- *Política de protección al consumidor* (art. 29).
- *Educación al consumidor* (art. 33).
- *Formación al consumidor* (art. 34).

- *Integración normativa* (art. 36).
- *Control de contenido* (art. 47).
- *Control administrativo del contrato de consumo* (art. 48).
- *Interpretación e integración del contrato de consumo* (art. 49).
- *Incumplimiento* (art. 50).
- *Conexidad. Acción preventiva. Acción directa. Tutela resarcitoria* (art. 65).
- *Acción preventiva* (art. 107).
- *Daños por productos defectuosos* (art. 110).
- *Daños por servicios defectuosos* (art. 111).
- *Legitimación activa para reclamar por productos o servicios defectuosos* (art. 112).
- *Legitimación activa, responsabilidad colectiva* (art. 114).
- *Naturaleza de la responsabilidad (objetiva). Eximentes* (art. 115).
- *Plazo de caducidad* (art. 116).
- *Obligación de seguridad* (art. 117).
- *Sanción punitiva* (art. 118).
- *Legitimación activa de las asociaciones de defensa del consumidor* (art. 119).
- *Rol del consumidor denunciante* (art. 147).
- *Daño directo* (art. 150).
- *Proceso abreviado* (art. 162).
- *Competencia* (art. 164).
- *Intervención del Ministerio Público* (art. 165).
- *Intervención de terceros* (art. 166).
- *Carga de la prueba* (art. 167).
- *Beneficio de justicia gratuita* (art. 168).
- *Atribuciones judiciales* (art. 170).



- *Legitimación activa en los procesos colectivos de consumo* (art. 171).

- *Prescripción liberatoria de las acciones judiciales* (art. 183).

- *Prescripción liberatoria de las acciones administrativas* (art. 184).

- *Etcétera.*

¿Sí o no?

¿Se aplican o no se aplican?

O, para ser más puntuales y concretos, nos preguntamos:

¿Al tercero expuesto se le aplican las pautas de: Principios (art. 5º); Progresividad, no regresión, etc.; derechos del consumidor (art. 6º); Aplicación de la Carta Magna; Tratados Internacionales, etc.; Deber de actuación de buena fe (art. 7º); Diálogo de fuentes (art. 28); Integración normativa (art. 36); Control de contenido (art. 47); Interpretación e integración del contrato de consumo (art. 49); Incumplimiento (art. 50); Conexidad. Acción preventiva. Acción directa. Tutela resarcitoria (art. 65); Acción preventiva (art. 107); Daños por productos defectuosos (art. 110); Daños por servicios defectuosos (art. 111); Legitimación activa para reclamar por productos o servicios defectuosos (art. 112); Naturaleza de la responsabilidad (objetiva). Eximentes (art. 115); Plazo de caducidad (art. 116); Obligación de seguridad (art. 117); Sanción punitiva (art. 118); Daño directo (art. 150); Proceso abreviado (art. 162); Competencia (art. 164); Carga de la prueba (art. 167); Beneficio de justicia gratuita (art. 168); Atribuciones judiciales (art. 170); Prescripción liberatoria de las acciones judiciales (art. 183); etcétera?

No se me ocurre otra respuesta que la afirmativa.

Como consecuencia de ello, es que al *tercero expuesto* que se encuentra incluido en la categoría de consumidores (art. 2º), no se le puede aplicar ninguna clase de *capitis diminutio*.

De forma tal que al *tercero expuesto* no solo se le van a aplicar las pautas referidas a *publicidad; información, seguridad y prácticas abu-*

*sivas, sino que también se le van a aplicar todas las demás normas tuitivas del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor.*

X.4.2. Tercero expuesto como consumidor verdadero

En párrafos anteriores ya hemos adelantado nuestra opinión en el sentido de que el *tercero expuesto* es un “consumidor verdadero”, de manera tal que —obviamente— se encuentran a su disposición todas las normas tuitivas de la Ley de Defensa del Consumidor.

Sin perjuicio de lo expuesto, es que el amable lector podría llegar a preguntarse el motivo por el cual en el art. 2º del *Anteproyecto* al referirse a los *terceros expuestos* se manifiesta que se aplican las pautas de *publicidad; información, seguridad y prácticas abusivas*.

Al respecto, imagino (solo imagino) que no debe ser sencillo tener una postura uniforme en una Comisión compuesta por varios destacados doctrinarios que elaboran una nueva norma legal.

También supongo que la *leyenda negra* del *tercero expuesto* tuvo su influencia.

Y asimismo, imagino que la *postura restrictiva* del Código Civil y Comercial de la Nación tuvo su presión doctrinaria (casi como un argumento de autoridad).

Pero, por otro lado, también supongo que los prestigiosos autores consumeristas de avanzada que conformaron la Comisión redactora habrán intentado que el *tercero expuesto* figurara también dentro del concepto de la categoría de consumidores (art. 2º).

Quizás, como una *postura ecléctica* establecieron una *fórmula de acuerdo*, pero con la sabiduría de hacerlo con una norma con una especie de *textura abierta* (40) dentro de la misma Ley de Defensa del Consumidor.

(40) RODRÍGUEZ, César, *La decisión judicial - El debate Hart - Dworkin*, Siglo del hombre Editores, Bogotá, 1997, p. 48.

Ello nos lleva a afirmar que es fundamental resaltar que el *Anteproyecto* es superior del Código Civil y Comercial (41).

En efecto, en el Código Civil y Comercial, el *tercero expuesto* está *excluido* de la categoría de consumidores y está incluido solamente en el art. 1096, referido a las *prácticas abusivas*.

En cambio, en el *Anteproyecto*, en el art. 2º se incluye al *tercero expuesto* dentro de la categoría de consumidor.

Es decir, en el *Código Civil y Comercial*, el *tercero expuesto* no es un consumidor; pero en el *Anteproyecto*, por el contrario, el *tercero expuesto* es un consumidor.

Y si bien a primera vista el *tercero expuesto* en el *Anteproyecto* tendría ciertas limitaciones, es que a poco que se analice la cuestión en detalle surge prístinamente que el art. 2º que incluye al *tercero expuesto* dentro de la categoría de consumidores es una especie de “ave fénix” (42) de los *expuestos*.

**X.5.** Por todo lo antes manifestado, es que en nuestra opinión, con relación al *tercero expuesto* expresamente previsto en el art. 2º del *Anteproyecto*, corresponde realizar una “interpretación amplia”, señalando que se trata de un “consumidor verdadero”, de forma tal que no solo se encuentra beneficiado por las pautas

(41) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “El nuevo Código Civil y los abogados de compañías de seguros”, publicado en *El Dial*, DC252F, Suplemento *Seguros*, de fecha 18 de mayo de 2018, donde el destacado doctrinario cordobés explica que el Código Civil y Comercial tiene “... normas de textura abierta...”.

(42) Utilizamos la figura del “Ave Fénix” sin perjuicio de recordar el yerro conceptual que fuera advertido por Miguel de Unamuno, cuando en su preciosa obra *Soliloquios y conversaciones*, con toda erudición el filósofo vasco explica con un elevado sentido de humor que “... hasta entender mal una cosa suele ser fuente de grandes pensamientos...”, enseñando que “... ¿no ha oído usted eso de que el ave fénix renace de sus cenizas? Pues, no hay tal ave fénix. Fénix ‘phoenix’ en griego significaba palmera y ave y el proverbio era que la palmera renace de sus cenizas que se encendía un bosque de palmeras y éstas vuelven a brotar...”.

Agregando después que “... y los que luego ignoraron que se trataba de la palmera achacaron al ave el milagro...” (ver: UNAMUNO, Miguel, *Soliloquios y conversaciones*, 2ª ed., Espasa Calpe, Buenos Aires, 1944, ps. 10 y 11).

de *publicidad, información, seguridad y prácticas abusivas*, sino que también se le aplican todas las demás normas de la *Ley de Defensa del Consumidor*.

## XI. El real motivo de la eliminación de los *terceros expuestos*

**XI.1.** Ya no es un *secreto a voces*, sino que fue expresamente reconocido en los *Fundamentos* del Código Civil y Comercial, que la *eliminación* de los *terceros expuestos* de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240, con la excelente modificación de la ley 26.361) tuvo un solo y excluyente motivo: *pretender que las víctimas de accidentes de tránsito, no sean considerados como consumidores*.

**XI.2.** Así lo reconocen los redactores del Código Civil y Comercial que eliminaron a los *Terceros Expuestos*, expresando en los *Fundamentos* que “... la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud...”.

Y luego se agrega en los “Fundamentos”: “...Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en a la frase ‘expuestas a una relación de consumo’, han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador...”.

**XI.3.** Es pertinente señalar que nos sentimos gratamente identificados con la frase de “alguna opinión” doctrinaria (43), ya que desde el año 2000 estamos manifestando que las *víctimas de accidentes de tránsito* deben ser considerados como *consumidores* (44) (45).

(43) SOBRINO, Waldo, *Consumidores de seguros*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

(44) SOBRINO, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial*, cit., t. I, cap. VIII, acápite VIII.1, ps. 425 a 465.

(45) SOBRINO, Waldo, ponencia “Las ‘Víctimas de los Accidentes de Tránsito’ como ‘Consumidores de Seguros’ (y sus consecuencias frente a la ‘Acción Directa Autónoma’ y las ‘Causales de Eximición de responsabilidad)’”; publicado *X Jornada Latinoamericana de Derecho de Seguros - III Jornada Latinoamericana de Derecho de Seguros - VIII Conferencia Internacional*, realizadas en la Ciudad de La Plata, en el mes de septiembre de 2002.

**XI.4.** Atento a que excede los límites del presente trabajo, es que no profundizaremos demasiado en esta temática, de manera que por ahora solo diremos que *la eliminación del tercero expuesto de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) y del Código Civil y Comercial no tuvo ningún efecto legal, dado que las víctimas de accidentes de tránsito son “consumidores” por ser los “beneficiados” como “destinatarios finales” del seguro obligatorio de responsabilidad civil de automotores (art. 68 de la ley 24.449) y no en su carácter de “terceros expuestos”* (46).

## **XII. Las víctimas de accidentes de tránsito en los seguros obligatorios de responsabilidad civil: son consumidores**

**XII.1.** En forma asaz sintética resaltaremos que una de las personas más vulnerables de nuestra sociedad, como son las víctimas de accidentes de tránsito, siguen teniendo protección legal a través de la Ley de Defensa del Consumidor y del Código Civil y Comercial.

Ello es así, *ya que las víctimas de accidentes de tránsito no son terceros expuestos.*

Al contrario, quienes resultan damnificados por un siniestro vial revisten la categoría de *consumidores*, dado que ellos son los “beneficiados” como “destinatarios finales”, dado que cuando se estableció la ley que determina la *obligación del seguro de responsabilidad civil*, es obvio que no querían proteger al dueño del automóvil, sino que: *querían “beneficiar” a la víctima* (47).

**XII.2.** En efecto, es sumamente claro que el *beneficiario directo y específico* (v.gr., *consumidor* en los términos del art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación), en carácter de *destinatario final*, es la *persona damnificada en un accidente de automotores.*

(46) SOBRINO, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial*, cit., t. I, cap. VIII, acápite VIII.2, ps. 466 a 490.

(47) SHINA, Fernando, “Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil”, publicado en SAIJ (Sistema Argentino de Informática Jurídica), Id. SAIJ: DACF 180271, 18 de diciembre de 2018.

**XII.3.** Por todo ello, resaltamos que el análisis de los *terceros expuestos* no tiene influencia legal en esta cuestión, dado que las *víctimas de accidentes de tránsito siguen siendo consumidores en su carácter de “beneficiados” como “destinatarios finales” del seguro obligatorio de responsabilidad civil (ley 24.449; art. 68)* (48).

## **XIII. Conclusiones**

**XIII.1.** En términos generales el *Anteproyecto* tiene cuestiones positivas, pero también hay ciertas pautas que deberían mejorarse para una mayor protección de los consumidores (como, por ejemplo, referido a responsabilidad objetiva amplia; daños punitivos; etc.).

**XIII.2.** Con respecto al art. 2º de la *categoría de consumidores*, si bien podría haber sido aún más clara la norma, una correcta interpretación colabora para una protección de los consumidores y usuarios.

**XIII.3.** Con relación a los *terceros expuestos*, entendemos que con una *interpretación amplia* (en concordancia con las Constitución Nacional; los Tratados Internacionales; los arts. 1º, 1094 y concordantes del Código Civil y Comercial y las normas del mismo Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor) se podría otorgar una protección adecuada (49).

**XIII.4.** La interpretación que pueda realizar del *tercero expuesto* o *bystander* no tiene ninguna repercusión sobre las *víctimas de accidentes de tránsito*, dado que las mismas son *consumidores* por ser los “beneficiados” como “destinatarios finales” del *seguro obligatorio de responsabilidad civil* previsto en forma expresa por el art. 68 de la ley 24.449 (50).

(48) SOBRINO, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial*, cit., t. I, cap. VIII, acápite VIII.1, ps. 425 a 465.

(49) SHINA, Fernando, “Los seguros y las relaciones de consumo. La figura del ‘tercero expuesto’ en el Código Civil y Comercial. La ‘acción directa’ de las víctimas contra las aseguradoras”, publicado en SAIJ (Sistema Argentino de Informática Jurídica), 17 de agosto de 2018.

(50) SOBRINO, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial*, cit., t. I, cap. VIII, acápite VIII.1, ps. 425 a 465.



# Los consumidores hipervulnerables en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI (\*)

## I. Introducción

El pasado 6 de diciembre de 2018 la Comisión integrada por Gabriel Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D'Archivio, M. Belén Japaze, Leonardo Lepíscopo, Sebastián Picasso, C. Gonzalo Sozzo, Carlos Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Wajntraub bajo la coordinación de Carlos A. Hernández elevó a los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Producción y Trabajo de la Nación el texto de un Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Dicho anteproyecto, que consta de 184 artículos, es una reforma integral que pretende reemplazar la actualmente vigente ley 24.240.

Una de los institutos proyectados más destacados es la incorporación en nuestro derecho de manera expresa del concepto de “consumidor hipervulnerable”. Analizaremos a continuación sus implicancias.

## II. La vulnerabilidad e hipervulnerabilidad en las relaciones de consumo

Las posiciones clásicas parten de la base de entender que las relaciones jurídicas se dan en un pie de igualdad entre los sujetos que la componen. Frente a ello se opone el contexto de la “sociedad de consumo” (1) y las “fallas del mer-

cado” (2), en el que se observa un desequilibrio de fuerzas o falta de “igualdad de armas” entre consumidores y proveedores. Dicha desigualdad o desequilibrio obedece a la vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores en los contextos referidos, que provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, en “subordinación” (3), “debilidad o vulnerabilidad estructural” (4), “debilidad negocial” (5) o “inferioridad manifiesta” (6)

(IACL). Secretario académico del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor (IADC).

(1) Sobre la sociedad de consumo, ver: BAUDRILLARD, Jean, *La sociedad de consumo. Su límites, sus estructuras*, 2ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2012; BAUMAN, Zygmunt, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Gedisa, Madrid, 2000; BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007; CARRASCO ROSA, Ana, “La sociedad de consumo: origen y características”, enero 2007; <http://www.eumed.net/ce/2007a/acr.htm> [consultado 28/1/2018]; entre otros.

(2) REICH, Norbert, *Mercado y derecho*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 10; LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 16; RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, ps. 10 y ss.

(3) RUSCONI, Dante D. (coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 12.

(4) JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, María Constanza - RODRÍGUEZ JUNYENT, Santiago, *Cuestiones claves del Derecho del Consumidor a la luz del Código Civil y Comercial*, Advocatus, Córdoba, 2016, p. 18.

(5) OSSOLA, Federico, *Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 37.

(6) Conf. CORREA HENAO, Magdalena, “El Estatuto del Consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbito de aplicación y carácter de sus normas”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (dir.), *Perspectivas*

(\*) Profesor regular adjunto por concurso de Contratos Civiles y Comerciales (UBA). Profesor titular ordinario de Derecho Civil III (USAL). Profesor permanente de posgrado UBA-USAL-UCA. Investigador adscripto al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (UBA). Miembro de la Mesa Directiva de la Asociación internacional de Derecho del Consumidor

y sean, por consiguiente, merecedores de una tutela legal preferente y diferenciada.

Entendemos a la vulnerabilidad como un estado de la persona, un estado inherente de riesgo; una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza y debilita a uno de los sujetos de derecho, desequilibrando a la relación (7).

En el caso de las relaciones de consumo, la vulnerabilidad entre consumidores y proveedores es “estructural”, en tanto obedece a circunstancias sociológicas y no individuales, que busca traspasar de la idea de “igualdad formal” a la de “igualdad de trata en igualdad de circunstancias”, en miras de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados (8).

La vulnerabilidad no es inherente a su persona sino al rol que ocupa en la sociedad de consumo (9), una condición jurídica (10) que torna al vínculo intersubjetivo de manera desequilibrada.

Todos los consumidores, por los embates de la sociedad de consumo y las fallas del mercado, son, por tanto, vulnerables en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios. Dicha vulnerabilidad al ser estructural implica una presunción *iure et de iure* (11), no acepta declinación o prueba en contrario, en hipótesis alguna (12). No podrá argumentarse el cono-

cimiento técnico superior a un “consumidor medio”, ya que la finalidad de protección de los consumidores no consiste en analizar caso por caso si revisten estas características (13).

La vulnerabilidad como factor determinante de la protección ha sido vista también como elemento constitutivo de la categoría en el derecho argentino. Así lo ha resaltado la Corte en varias de sus sentencias (14), sosteniendo que la protección del art. 42, CN, comprende a ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos (15). En análogo sentido se pronunciaron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), al concluir que “(1) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino” (16). Con acierto así lo reconoce expresamente el Anteproyecto en su artículo 5°.

Huelga decir entonces, que la vulnerabilidad es un “presupuesto” que el derecho reconoce como merecedor de la tutela *in abstracto*, sin atender a ninguna situación particular a la hora de su configuración. De esta manera, en toda relación de consumo tendremos una parte “fuerte” (proveedor) y una parte débil (consumidor) (17). A su vez, cuando *in concreto* exista

*del Derecho del Consumo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 112.

(7) Conf. MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6ª ed., Revista dos Tribunais, San Pablo (Brasil), 2011, p. 323.

(8) Conf. SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, ps. 26 y ss.

(9) Conf. RUSCONI, Dante D. (coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, cit., p. 12.

(10) TARTUCE, Flávio - NEVES, Daniel Amorim Assumpcao, *Manual de Direito do Consumidor*, 3ª ed., Editora Método, San Pablo (Brasil), 2014, p. 33.

(11) AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira, *Teoria geral do direito do consumidor*, Revista dos Tribunais, San Pablo (Brasil), 2011, p. 68; SOBRINO, Waldo, *Consumidor de seguros*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 77.

(12) TARTUCE, Flávio - NEVES, Daniel Amorim Assumpcao, *Manual de Direito do Consumidor*, 3ª ed., Editora Método, San Pablo (Brasil), 2014, p. 33.

(13) FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 67

(14) CS, 22/4/2008, “Ledesma, María L. c. Metrovías SA”, Fallos 331:819; CS, 24/11/2015, “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. Nación Seguros SA”, Fallos 338:1344; CS, 28/4/2015, “PADEC c. BankBoston”, Fallos 340:172.

(15) CSJN, 6/3/2007, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos 330:563.

(16) Conf. FRUSTAGLI, Sandra A., “La tutela del consumidor hipervulnerable en el derecho argentino”, *Revista de Derecho del Consumidor*, tercera época, nro. 1, 30/11/2016, IJ-CCLI-396.

(17) Conf. CAYCEDO ESQUINEL, Carlos Germán, “Principios e instituciones del Derecho de Protección del Consumidor en Colombia”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (dir.), *Perspectivas del Derecho del Consumo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 112.

alguna situación personal diferenciada de hiposuficiencia, dará lugar a la hipervulnerabilidad, a la que nos referiremos luego.

La vulnerabilidad de los consumidores se vislumbra en diferentes facetas: técnica, jurídica o científica; socioeconómica, material o fáctica; psicológica; informativa; de acceso a la justicia; biológica, política y ambiental (18).

Sin embargo, algunos consumidores son más vulnerables que otros y sufren con mayor agudeza los embates de la “sociedad de consumo”.

Son aquellos consumidores que a los que a la vulnerabilidad estructural de ser consumidores se le suma otra vulnerabilidad, vinculada a su edad, condición psicofísica, de género, socioeconómica o cultural o a otras circunstancias permanentes o transitorias.

Esta problemática ha sido abordada por la literatura jurídica comparada bajo distintas conceptualizaciones: “subconsumidores” (19), “infraconsumidores” (20), “consumidores espe-

cialmente frágiles” (21), “consumidores vulnerables” (22), “consumidores hiposuficientes” (23) o “consumidores hipervulnerables” (24).

El Anteproyecto, con acierto, ha privilegiado la utilización del término “consumidores hipervulnerables”, por sostener a la vulnerabilidad como nota presente en todas las relaciones de consumo. Entendemos que los conceptos de “subconsumidor” e “infraconsumidor” están asociados a uno de los tipos de hipervulnera-

(21) BIHL, Luc, “La protection du consommateur particulièrement fragile”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, Mai 1985, nro. 18, [http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-notariale-immobiliere/18-1985/006\\_PS\\_SJN\\_SJN8518CM00006.htm#\\_Wm8xNWluaUk](http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-notariale-immobiliere/18-1985/006_PS_SJN_SJN8518CM00006.htm#_Wm8xNWluaUk) [consultado 29/1/2019].

(22) Es la denominación dominante en Europa, a raíz de la normativa comunitaria.

(23) DREYZIN DE KLOR, Adriana, “El Derecho Internacional Privado y las relaciones de consumo”, *Revista de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, vol. V, nro. 1, Nueva Serie II (2014), ps. 13-54, disponible online en <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/viewFile/11447/11917> [consultado 10/1/2019].

(24) Así, por primera vez en conferencia de Antônio Herman Benjamin, el 8 de septiembre de 2005, en Gramado (RS), en el Congreso Internacional 15 años del CDC, organizado por Brasilcon y las Escuelas Superiores de la Magistratura y del Ministerio Público de Río Grande do Sul (RS- Brasil) y luego en varios autores latinoamericanos LIMA MARQUES, Claudia, “Solidaridad en la enfermedad y en la muerte: sobre la necesidad de acciones afirmativas en contratos de planes de salud y de planes funerarios frente al consumidor anciano”, en LORENZETTI, Ricardo - LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos de servicios a los consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 252; SOZZO, Gonzalo, “La resistemización de la regulación del consumo en el Proyecto del Código Civil 2012”, *Revista Derecho Privado*, año 2, nro. 4, Infojus, p. 79, Id Infojus: DACF130079; SCHMITT, Cristiano Heineck, A., “Hipervulnerabilidade do Consumidor Idoso”, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 70, 2009, p. 139; SCHMITT, Cristiano Heineck, *Consumidores hipervulneráveis*, Atlas, San Pablo (Brasil), 2014; BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Los consumidores hipervulnerables como colectivos de especial protección por el Derecho del Consumidor, en STIGLITZ, Gabriel A. - ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., *Derecho del consumidor. Problemática general del régimen de defensa del consumidor*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 165, y BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia”, DJ 29/5/2013, p. 3.

(18) Para ampliar sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián (dir.), *Consumidores hipervulnerables*, El Derecho, Buenos Aires, 2018.

(19) GHIDINI, Gustavo, *Per i consumatori*, Zanichelli, Bolonia, 1977, ps. 63 y ss.; ACEDO PENCO, Ángel, “Los subconsumidores como colectivos de especial protección reconocidos en el estatuto de los consumidores de Extremadura”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, nro. 22, 2004, ps. 195-203; ALTERINI, Atilio Aníbal, “Los contratos de consumo”, LL 1993-E-105; BRIZZIO, Claudia R., “La teoría general del contrato y el derecho del consumidor”, LL 1998-D-1285; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Turismo y defensa del consumidor en Defensa del consumidor”, en LORENZETTI, Ricardo L. - SCHÖTZ, Gustavo J., (coords.), *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, ps. 416 y ss.; RINESSI, Antonio J. “Consumidor informático”, LL 1995-A-868; ALTERINI, Atilio Aníbal, “El consumidor en la sociedad postmoderna”, LL 1996-E-818; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, *Estudios sobre consumo*, nro. 18, 1990, ps. 44-54; ARIAS, María P. - URRUTIA Liliána A. (coords.), *Protección jurídica de los subconsumidores*, Juris, Rosario, 2017.

(20) GHERSI, Carlos A. - WEINGARTEN, Celia, *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 19.

bilidad, como puede ser la pobreza o exclusión social, pero no comprende todos los supuestos.

### III. Los consumidores hipervulnerables en el derecho internacional y comparado

La cuestión de la conjugación de consumo y vulnerabilidades ha sido abordada de diferentes maneras en el derecho comparado.

En el campo del derecho internacional, se destaca la reciente modificación del año 2015 a las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor.

Dichas directrices refieren a los consumidores en situación vulnerable y de desventaja en diversos artículos. En art. 5º, apart. b), en lo relativo a principios de políticas pública; en el art. 11, apart. a) sobre principios para unas buenas prácticas comerciales; en el art. 37, sobre mecanismos de reclamaciones de los consumidores, en el art. 42. Sobre programas de educación e información y en el art. 77 relativo a servicios públicos.

También contribuyen a la construcción de la categoría la aplicación de otras normas indirectas y de *soft law* en el campo de los derechos humanos, de los que participan los derechos de los consumidores (25). En esta perspectiva corresponde mencionar los estándares jurisprudenciales del ámbito interamericano. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "... toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es

titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos". Y que "... no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre" (26). En el campo del *soft law* se destacan las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" (27). Dicho documento caracteriza como condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Señala como causas de vulnerabilidad, entre otras: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. También el Informe sobre Desarrollo Humano 2014 "sostener el Progreso Humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia", del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) reconoce como supuestos de vulnerabilidad la edad o estado de salud, los recursos, condición social o cultura, la falta de igualdad de oportunidades, las limitaciones para satisfacer ciertas necesidades, la desnutrición y enfermedad, la falta de acceso a los servicios públicos, la marginación, etcétera (28).

En una perspectiva comparada cabe mencionar, en primer término, en el derecho comunitario europeo, la directiva 2005/29 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en

(25) Sobre la caracterización de los derechos de los consumidores como derechos humanos de tercera generación, ver SAHIÁN, José Humberto, *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Progresividad y control de regresividad de los derechos de los consumidores*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, en <http://eprints.ucm.es/43562/1/T39003.pdf> [consultado 22/1/2018]; TAMBUSSI, Carlos E., *El consumo como derecho humano*, Universidad, Buenos Aires, 2009. En el derecho comparado: DEUTCH, Sinai. "Are Consumer Rights Human Rights?", *Osgoode Hall Law Journal*, 32.3 (1994):537-578, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol32/iss3/4> [consultado 22/1/2018]; JAGIELSKA, Monika - JAGIELSKI, Mariusz, "Are Consumers Rights Human Rights?", en DEVENNEY, James - KENNY, Mel (eds.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 336.

(26) CIDH, 31 de agosto de 2012, "Furlán y Familiares vs. Argentina".

(27) Aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada el 4, 5 y 6 de marzo de 2008, [www.jus.gob.ar/media/3110118/id1-13\\_documento.doc](http://www.jus.gob.ar/media/3110118/id1-13_documento.doc) [consultado 11/1/2019].

(28) <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr14-summary-es.pdf> [consultado 11/1/2019].



el mercado interior, que introdujo la cuestión al referir al “consumidor vulnerable” por oposición al llamado “consumidor medio” (29). Posteriormente se refirieron al tema la directiva 2009/72 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, al contemplar la situación del consumidor o cliente vulnerable y la llamada “pobreza energética”. También refiere al concepto la directiva 2011/83, de defensa de los derechos de los consumidores, que en su considerando 34 establece que “el comerciante debe proporcionar al consumidor información clara y comprensible antes de que el consumidor se vea vinculado por un contrato celebrado a distancia o fuera del establecimiento, por un contrato distinto de estos o por una oferta contractual correspondiente. Al facilitar esa información, el comerciante debe tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente vulnerables debido a su enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad de una forma que el comerciante pueda razonablemente prever. No obstante, la toma en consideración de estas necesidades específicas no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores” (30).

El consumidor medio es, según la jurisprudencia comunitaria, normalmente informado, razonablemente atento y eficaz, diligente, con cierta experiencia y aptitud para interpretar la información que se le facilita sobre los productos y servicios las condiciones en las que estos se comercializan, razonablemente observador y prudente, y que percibe y conoce las marcas (31).

---

(29) La directiva también se ocupa de la “distorsión sustancial del comportamiento económico del consumidor” en su art. 2.e, expresando que ello se dará cuando se utilice “una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”.

(30) Para ampliar sobre este punto, ver: DÍAZ-AMBRONA, María Dolores, *Consumidor vulnerable*, Reus, Madrid, 2015, ps. 27 y ss.

(31) GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, nro. 17, enero-abril 2004, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/909110>.

Por oposición al consumidor medio surge el concepto de consumidor vulnerable. La resolución del Parlamento Europeo, del 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables establece que “el concepto ampliamente utilizado de consumidores vulnerables se basa en la noción de vulnerabilidad endógena y hace referencia a un grupo heterogéneo compuesto por aquellas personas consideradas de forma permanente como tales por razón de su discapacidad mental, física o psicológica, su edad, su credulidad o su género”; agregándose que el concepto debe incluir también a “... los consumidores en una situación de vulnerabilidad”, entendiéndose por tales a aquellos que se encuentren “... en un estado de impotencia temporal derivada de una brecha entre su estado y sus características individuales, por una parte, y su entorno externo, por otra parte, teniendo en cuenta criterios tales como la educación, la situación social y financiera (por ejemplo, el endeudamiento excesivo), el acceso a Internet, etc.”; para finalmente señalar que “... todos los consumidores, en algún momento de su vida, pueden pasar a ser vulnerables debido a factores externos y a sus interacciones con el mercado, o porque experimenten dificultades para acceder a información adecuada dirigida a los consumidores y entenderla, y, por tanto, precisen de una protección especial” (32).

La cuestión de los consumidores vulnerables también es referida en el Programa Plurianual de Consumidores para el período 2014-2020, aprobado por Reglamento UE 254/2014 del Parlamento Europeo. Dicho plan toma como retos el envejecimiento de la población, la exclusión social y la cuestión de los consumidores vulnerables, sus necesidades específicas y la voluntad de reforzar sus capacidades, en particular, respecto al acceso a la información y su comprensión, la protección frente a engaños, la educación y sensibilización sobre sus derechos

---

pdf [consultado 17/2/2018]; HUALDE MANSO, Teresa, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho del Consumo europeo*, Dykinson, Madrid, 2016, ps. 25 y ss.

(32) Puede consultarse el texto completo en [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0209+0+DOC+XML+V0//ESP7\\_TA\(2012\)0209](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0209+0+DOC+XML+V0//ESP7_TA(2012)0209).

y acceso y herramientas específicas en sistemas de resolución de litigios.

Por nuestra parte, no adherimos a la caracterización de un “consumidor vulnerable”, en oposición a un “consumidor medio o racional”.

En primer lugar, porque entendemos que el concepto de consumidor se construye sobre la base de vulnerabilidad producto de la asimetría estructural de los consumidores en las relaciones de consumo, por los embates de la sociedad de consumo y las fallas del mercado. Esto es, una vulnerabilidad *in abstracto* y común a todos los que participan de la calidad de consumidor.

El concepto de consumidor medio parece ser una versión 2.0 del “buen padre de familia”, que desnaturaliza el concepto de consumidor, requiriendo la prueba de vulnerabilidades *in concreto*.

La presunción homogeneizadora del consumidor medio pretende invisibilizar las diferencias, particularidades y situaciones de muchas personas bajo una idea totalizante, propia del derecho decimonónico, perjudicando especialmente a las más vulnerables, desventajosas y desfavorecidas de la sociedad, obligándolos a demostrar esa situación en todos los casos y dejar muchas veces en el camino a otros, según el ojo del juzgador.

Por el contrario, si entendemos a la vulnerabilidad como nota presente en todas las relaciones de consumo, de carácter sociológico y sistémico, establecemos un marco de protección integrador, que se acentúa en especial frente a los más desaventajados.

También varias legislaciones nacionales, de Estados comunitarios y no comunitarios refieren a la cuestión de manera expresa. Así, podemos mencionar, en primer término, a Francia(33), Italia(34), Luxemburgo(35), Andorra(36) y Papúa

Nueva Guinea(37), quienes refieren es sus ordenamientos a consumidores especialmente vulnerables o pertenecientes a colectivos de especial protección.

En el caso del Estado español, su Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no lo regula expresamente(38). Sin embargo, varios Estatutos autonómicos del consumidor sí lo contemplan, como las legislaciones de las comunidades autónomas de Andalucía(39), Aragón(40), Canarias(41), Cantabria(42), Castilla - La Mancha(43), Castilla y León(44), Cataluña(45), Comunidad Valenciana(46),

(37) Ley de la Comisión Independiente de Consumo y Competencia de 2002, art. 5º, inc. 2º, apart. b).

(38) Cabe mencionar, no obstante, el Real Decreto 897/2017, del 6 de octubre, que regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

(39) Ley 13/2003, del 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía “Situaciones de inferioridad”: Exposición de motivos, punto II; art. 4º, inc. 7º; arts. 36 y 37; art. 72, inc. 3.b.

(40) Ley 16/2006, del 28 de diciembre, de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón. “Colectivos de consumidores especialmente protegibles”: Preámbulo 3er párrafo; art. 5º; art. 8º, inc. d); art. 15, inc. f); y arts. 82 y 83.

(41) Ley 3/2003, del 12 de febrero, del Estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias. “Colectivos especialmente protegidos”: art. 4º; art. 5º, inc. d); art. 15, inc. d); art. 43, inc. f).

(42) Ley 1/2006, del 7 de marzo, de defensa de los consumidores y usuarios. “Colectivos especialmente protegidos”: Preámbulo, punto II; art. 4º; art. 15, inc. 3º; art. 23, inc. e); art. 27, inc. e); art. 32, inc. 4º; art. 52, inc. f).

(43) Ley 11/2005, del 15 de diciembre, del Estatuto del consumidor “Situaciones de protección prioritaria”: art. 3º; art. 4, inc. k); art. 15, inc. 2º; art. 23, inc. 2º.

(44) Ley 2/2015, del 4 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León, “Supuestos especiales”: Exposición de motivos, punto II, 6º párrafo; art. 4º; art. 5º, inc. f); art. 15, inc. 1º; art. 16, inc. 2.a.

(45) Código de Consumo de Cataluña, “Colectivos especialmente protegidos”: Preámbulo, punto III, 4º y 5º párrafos; art. 111-2, inc. c); art. 121-3; art. 126-10, inc. g); art. 126-18, inc. a); art. 262-10; art. 332-4, inc. b); art. 333-2, inc. d).

(46) Ley 1/2011, del 22 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana, “De los colectivos de especial

(33) Código de Consumo, art. 121-1.

(34) Código de Consumo, arts. 4º y 20.

(35) Código de Consumo, art. L. 122-1.

(36) Ley 13/2013 de Protección al Consumidor, art. 2º, inc. h).

Extremadura(47), Galicia(48), Islas Baleares(49), La Rioja(50), Madrid(51), Navarra(52), País Vasco(53), Principado de Asturias(54) y Región de Murcia(55).

Entre los supuestos de consumidores vulnerables se mencionan la posición de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección más acusada, los menores de edad, las

---

protección”: Preámbulo, 13º párrafo; art. 6º; art. 7º, inc. 2º; art. 17, inc. a); art. 27, inc. 1º; art. 70, inc. 2.b); art. 71, inc. 3.f.

(47) Ley 6/2001, del 24 de mayo, del Estatuto de Consumidores de Extremadura, “Colectivos de especial protección”: Exposición de motivos, 13º párrafo; art. 5º; art. 21; art. 34, inc. f); art. 39, inc. f).

(48) Ley 2/2012, del 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias, “Colectivos de especial protección”: exposición de motivos, 11º y 15º párrafo; art. 7º; art. 8º; art. 11, inc. f); art. 49, incs. d) y f); art. 84, inc. b); art. 88, inc. d).

(49) Ley 7/2014, del 23 de julio, de protección de las personas consumidores y usuarias de las Illes Balears, “Consumidores vulnerables”: Exposición de motivos, 10º párrafo, art. 2º, inc. b); art. 4º, inc. c); art. 8º, apartado 2º; art. 15; art. 82, apartado 2º, inc. j).

(50) Ley 5/2013, del 12 de abril, para la defensa de los consumidores de la Comunidad Autónoma de La Rioja, “Colectivos que se encuentran en situaciones de indefensión, inferioridad o subordinación”: Exposición de motivos, párr. 16; art. 3º, apartado 1º, inc. k); art. 6º, apartado 3º; art. 36, apartado 1º; art. 67, apartado 3º, inc. b).

(51) Ley 11/1998, del 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la comunidad de Madrid, “Colectivos de especial protección”: Preámbulo, 11º párrafo; art. 4º; art. 16, apartado 2º, inc. d); art. 17, apartado 4º; art. 20, apartado 1º, inc. a), apartado 2º, inc. a); art. 34, apartado 2º; art. 52, apartado 1º.

(52) Ley Foral 7/2006, del 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, “Supuestos de especial protección”: exposición de motivos, 15º párrafo, y art. 3º.

(53) Ley 2/2012, del 9 de febrero (modificación ley 6/2003), de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias, “Colectivos de especial protección en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión”, art. 5º, inc. b).

(54) Ley 11/2002, del 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios, “Colectivos de especial protección”: exposición de motivos, 7º párrafo; art. 5º; art. 14; art. 19, apartado 3º; art. 21, inc. d); art. 39.

(55) Ley 1/2008, 21 de abril (modifica la ley 4/1996), 14 de junio, del Estatuto de los consumidores y usuarios de la Región de Murcia “Colectivos especiales”, art. 30, apartado 1º.

mujeres gestantes, las personas mayores, los enfermos y las personas con capacidades disminuidas, los inmigrantes, los sectores económicos y sociales más débiles, las deficiencias de formación, la desigualdad con las empresas, la situación de pobreza y el lugar de residencia o cualquier otra análoga.

En el derecho latinoamericano se destacan, en primer término, la legislación de Brasil. Su Código de Defensa del Consumidor, en su art. 39, parágrafo IV, resalta en la problemática de las prácticas abusivas el hecho de prevalerse de la “ignorancia”, “edad”, “salud” o “condición social” del consumidor, para imponerle sus productos o servicios.

También corresponde mencionar la legislación del Perú, que en su Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que la labor de protección y defensa del consumidor debe poner especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza (art. IV, inc. 4º).

Bolivia, por su parte, en el art. 15 de la ley 453 del 4 de diciembre de 2013 “General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores, dispone: “Información para personas vulnerables. El proveedor de productos o servicios alimenticios está obligado a proporcionar información:

“a) De alimentos que causen daños o riesgos a la salud de las mujeres gestantes, al embrión, al feto o al recién nacido, adultos mayores y personas con discapacidad.

“b) Sobre los beneficios de la leche materna.

“c) De los daños o riesgos a la salud de las niñas, niños y adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad”.

Algunas legislaciones solo refieren a algún supuesto de hipervulnerabilidad. Así, la legislación de El Salvador, respecto a las personas con

discapacidad (56), o la de Colombia, respecto a los niños, niñas y adolescentes (57).

#### IV. Los consumidores hipervulnerables en el derecho argentino

En el derecho argentino, no hay a la fecha una mención expresa a esta categoría de consumidores.

Sí la contenía el proyecto original de reforma a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) y la media sanción de la Cámara de Diputados, que refería en el art. 8 bis al trato digno, en particular a las personas discapacitadas, ancianos y mujeres embarazadas, pero que en su paso por el Senado fue eliminado del articulado de lo que terminó siendo la ley 26.361 (58).

(56) El Salvador: decreto 776/05 “Ley de protección al consumidor”, art. 5-A. “En razón de las especiales circunstancias que en ellos concurren, las personas con discapacidad física, mental, psicológica o sensorial, en tanto consumidoras, gozarán de especial protección por parte de todos los Organos del Estado y, en especial, por parte de la Defensoría del Consumidor quien, en el marco de las atribuciones que le confiere la presente ley, procurará:

“a) Contribuir a su inclusión social como consumidores y usuarios, mediante la adopción de medidas para la educación, la prevención y la atención de reclamaciones de este colectivo;

“b) Promover acciones de sensibilización, estudio e información sobre diferentes temas relacionados con el consumo de las personas con discapacidad en cuanto al acceso a los bienes y servicios, especialmente de aquéllos ofrecidos directamente por la Administración Pública; y,

“c) Impulsar la colaboración entre el colectivo de los discapacitados, las organizaciones de consumidores y las instituciones públicas relacionadas con el tema, con el fin de desarrollar programas conjuntos a favor de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad como consumidores de productos y servicios”.

(57) Colombia: ley 1480/11 “Estatuto del consumidor”, art. 1º, inc. 5º, 28 (información) y 52 (comercio electrónico).

(58) Proyecto 1061-D-2006 firmado por los diputados Stella Maris Córdoba, Juan Manuel Irazábal, Eduardo Gabriel Macaluse, Heriberto Eloy Mediza, Adrián Pérez y Patricia Vaca Narvaja y Dictamen de las Comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Orden del Día 306/2006 <http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-124/124-306.pdf> [consultado 3/1/2018].

No obstante, varias razones nos hacen sostener su aplicabilidad aun antes de la aprobación del anteproyecto.

En primer término, por los criterios de las directrices y otros instrumentos internacionales antes referidos.

Asimismo, haciendo una lectura extensiva y sistémica de la única referencia tangencial a la cuestión, que viene del artículo 60 de la LDC, referida a los planes de educación al consumidor. Dicha norma establece que “deberá garantizarse ‘la implementación de programas destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa, tanto en zonas rurales como urbanas’”.

Puede destacarse también la referencia que la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual hace en materia de publicidad abusiva y la Comunicación “A” 5460 del Banco Central de la República Argentina de Protección de Usuarios de Servicios Financieros respecto a sujetos de atención prioritaria y medidas positivas en favor de usuarios con discapacidad.

Cabe mencionar igualmente la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (art. 36), que refiere a los niños y ancianos como consumidores.

Por último, también varios precedentes jurisprudenciales han referido a dicha categorización. Así, se ha referido respecto a niños (59), personas con discapacidad (60), adultos mayores (61), jubilados y carenciados (62).

(59) CNCiv., sala H, 2/6/2014, “G. R., J. H. y otros c. C. V. J. y otros s/daños y perjuicios”, LL del 5/11/2014, AR/JUR/44769/2014; CCiv. y Com. Rosario, sala 1, 26/8/2013, “S. A. c. Hipermercado Libertad s/daños y perjuicios”, MJ-JU-M-81275-AR | MJJ81275; CNCiv., sala A, 21/11/2012, “R., F. y otro c. Parque de la Costa SA y otro s/daños y perjuicios”, AR/JUR/63681/2012; CS Tucumán, sala Civil y Penal, 30/5/2014, “Amaya, Mariana Delicia c. Galicia Seguros SA s/daños y perjuicios”, LL del 14/10/2014, AR/JUR/27270/2014.

(60) CNCiv., sala A, 18/11/2016, “M., N. A. c. Empresa San José SA”, MJ-JU-M-102238-AR | MJJ102238.

(61) CS, 22/4/2008, “Ledesas, María Leonor c. Me-trovías SA”, Fallos 331:819.

(62) CCiv., Com. y de Garantías en lo Penal Necochea, 2/9/1999, “Cazabat, Norma S. c. Editorial Perfil SA”, AR/JUR/2854/1999.

También las conclusiones de la doctrina especializada (63).

## V. Tratamiento en el Anteproyecto

La cuestión de los consumidores hipervulnerables encuentra en el Anteproyecto una referencia expresa en una norma general y en varias normas particulares directas e indirectas, conforme veremos a continuación.

El art. 3º establece: “Consumidores hipervulnerables. El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados”.

Al respecto cabe señalar:

### V.1. Sujetos comprendidos dentro de la categoría

Creemos que una de las grandes ventajas es no haber circunscripto la categoría de consumidores a un *numerus clausus*. Como sostuvimos en otras oportunidades, consideramos que no se trata de una categoría *per se* o permanente, sino una condición de vulnerabilidad que se fundamenta en las circunstancias sociales y culturales en que en un tiempo y lugar determinado las personas pertenecientes a determinado grupo reciben por pertenecer al mismo determinado trato, consideración o perjuicio. Así, no cobran relevancia solo los criterios psíquico-biológicos o “factores internos” sino también factores sociales y culturales o “factores externos”. Son esas condiciones, y no un carácter intrínseco, las que los sitúan en desigualdad de oportunidades frente a los demás y limitan o impiden el pleno ejercicio de sus derechos.

Esta “situación de vulnerabilidad” es por tanto un aspecto dinámico, relacional y contextual.

---

(63) XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor (Bahía Blanca, 18 y 19 de mayo de 2018) Comisión 1: “Consumidores hipervulnerables”: “En el estado actual del derecho privado argentino el reconocimiento de la categoría jurídica de consumidor hipervulnerable se vincula con la protección internacional de los derechos humanos” (conclusión 1).

Un primer criterio para la delimitación de quiénes se encuentran comprendidos dentro de la categoría de consumidores hipervulnerables es indagar en las categorías que la Constitución Nacional comprende dentro de grupos vulnerables sobre los que ordena realizar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Así, podemos mencionar a los niños, las mujeres, los ancianos, las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23) y los pueblos indígenas (art. 75, inc. 17).

También los tratados internacionales de derechos humanos dan respuesta en ese sentido. Podemos mencionar a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Estos sujetos serían consumidores hipervulnerables en todos los casos y habría una presunción *iure et de iure* sobre tal calidad.

Muchos de estos han sido expresamente referidos en el art. 5º, inc. 6º, “Principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad” refiere a niñas, niños y adolescentes, personas mayores o con discapacidad y agrega a las “personas enfermas”.

Pero entendemos que dicha delimitación no debe ser un *numerus clausus* que excluya otras situaciones en concreto de la realidad social que el legislador pueda incluir para determinadas relaciones de consumo en particular o que las autoridades administrativas o judiciales consideren para un caso concreto. En ese sentido, creemos que pueden existir supuestos en los que las personas con padecimientos mentales o adicciones (64), las personas del colectivo LGBT+ (65), las personas con trastornos alimentarios (66) o necesidades alimentarias

---

(64) Ley 26.657 de Salud Mental.

(65) Conf. MEDINA, Graciela, “Acceso a justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 Reglas de Brasilia. En género, discapacidad y pobreza”, LL del 14/11/2017, p. 1.

(66) Ley 26.396 de Trastornos Alimenticios.

especiales, miembros de grupos minoritarios, habitantes de zonas rurales o desfavorables, turistas o migrantes, entre otros pueden configurar en el caso concreto consumidores hipervulnerables. Aquí entendemos que la presunción de hipervulnerabilidad no será absoluta y deberá atenderse en el caso concreto, bajo las circunstancias de persona, tiempo y lugar (67).

## V.2. Acentuación del principio protectorio

Una de las cuestiones fundamentales que implica la visibilización de ciertos sujetos y colectivos como consumidores hipervulnerables es la necesidad de la acentuación del principio protectorio.

Esta cuestión es reiterada en el art. 5º, inc. 6º, cuando refiere como uno de los principios del derecho del consumidor el principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad. El referido artículo establece que el sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales.

El principio protectorio es el fundamento principal del derecho del consumidor y constituye la regla axiológica más importante a la hora de la interpretación y aplicación del derecho. En el caso de los consumidores hipervulnerables, entendemos que corresponde realizar una aplicación coordinada, coherente y simultánea de las normas, principios e instituciones del derecho del consumidor en “diálogo de fuentes” (68) (art. 28) con las normas, princi-

(67) El XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Bahía Blanca, 18 y 19 de mayo de 2018, Comisión 1) había concluido: “Los grupos vulnerables protegidos por tratados internacionales de derechos humanos habitualmente ingresan en la categoría de consumidores hipervulnerables, sin perjuicio de otras circunstancias temporales, económicas, financieras, etc. que puedan dar lugar a otras situaciones de debilidad jurídica”.

(68) El “diálogo de las fuentes”, como metodología superadora de la visión decimonónica del “conflicto de las leyes en el tiempo” del nuevo Código Civil y Comercial, constituye la herramienta adecuada para una interpretación y aplicación del derecho, y del derecho del consumidor en particular, a la luz de los postulados constitucionales y convencionales, en un escenario de pluralidad, fragmentación y posmodernidad y en

pios e instituciones aplicables a cada grupo vulnerable en particular, en clave constitucional y convencional.

Dicha acentuación implica un mandato a las autoridades públicas, en sus tres poderes y niveles de gobierno, para tener especial atención en estos consumidores, tanto en la implementación de políticas públicas como en la adopción de medidas específicas en los procedimientos de prevención y resolución de conflictos.

## V.3. Transparencia y adecuación de la información

Otra de las cuestiones que el Anteproyecto enfatiza es la necesidad de extremar los esfuerzos en pos de garantizar la transparencia y adecuación de la información (69).

Así:

1) Al disponer la necesidad de garantizar un adecuado acceso a la información de interés general para el consumidor que se encuentre en poder de entidades públicas o proveedores de bienes y servicios en condiciones de celeridad y mediante mecanismos eficaces a tales fines, a través de condiciones especiales para favorecer el acceso a la información de grupos hipervulnerables (art. 8º, inc. 2º). Piénsese aquí en la situación de consumidores con discapacidad, analfabetos, funcionales o digitales, adultos mayores, que no comprenden el idioma castellano, entre otros.

consonancia con la perspectiva de derechos humanos y tutela de los vulnerables. Para ampliar sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor. Perspectivas desde el Derecho Argentino*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2017.

(69) El XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Bahía Blanca, 18 y 19 de mayo de 2018, Comisión 3) había concluido: “Las situaciones de hipervulnerabilidad en el ámbito de la información y la publicidad posibilitan ensanchar las fronteras y los mecanismos de protección del Derecho del Consumidor. El Código Civil y Comercial de la Nación -en clave constitucional y convencional -posibilita dicha hermenéutica”. Las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 28, 29 y 30 de septiembre de 2017 Comisión 6 “Derecho del Consumidor), por su parte habían concluido: “La obligación de informar se agrava frente a los consumidores hipervulnerables”.

2) Respecto al estándar de adecuación de la información, se establece que debe ser proporcionada de manera fácilmente accesible para el consumidor, mediante mecanismos apropiados para su adecuada comprensión, especialmente en el caso de consumidores hipervulnerables, cuando tal situación sea conocida o deba serlo por el proveedor, o resulte evidente en función de las circunstancias que conformen el contexto de la relación de consumo (art. 13, inc. 1º)(70). Resultan aquí de relevancia cuestiones como el tipo de producto o servicio, ubicación o clientela habitual del establecimiento, entre otros;

3) Cuando se exige en las diferentes etapas de la contratación electrónica que el consumidor sea informado con el estándar más elevado que sea posible, a fin de lograr que resulte plenamente consciente de sus derechos y de sus obligaciones y que, a estos fines, se ponderará el grado de vulnerabilidad del consumidor (art. 72).

#### ***V.4. Políticas públicas específicas***

Otros de los aspectos destacables del Anteproyecto es su insistencia en la necesidad de una tutela diferenciada y preferente de los consumidores hipervulnerables en las diferentes políticas públicas de protección de los consumidores. Así podemos observarlo:

1) Al disponer que la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados para los consumidores hipervulnerables (art. 3º);

2) Al ordenar la necesidad de que el Estado nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las provincias y los municipios implementen políticas activas y programas especiales de de-

fensa, educación e información destinados a consumidores que se encuentren en situación desventajosa (art. 31);

3) Al establecer como una de las misiones y funciones del Consejo Federal del Consumo (COFEDEC) para concertar entre las diversas jurisdicciones la de promover la educación e información del consumidor o usuario, “con especial énfasis y atención en aquellos que, por sus condiciones sociales, económicas y/o culturales, resulten especialmente vulnerables” (art. 142, inc. 1º);

4) Al prescribir la obligación de los medios de comunicación de titularidad estatal, cualquiera que sea su soporte, de dedicar espacios y programas no publicitarios a la información y educación de los consumidores “con especial atención la situación de los consumidores hipervulnerables”, garantizándose el acceso y participación de las asociaciones de consumidores legitimadas por esta ley y los demás grupos o sectores interesados (art. 10, inc. 4º);

5) Al disponer también la obligación de implementarse programas especiales destinados a la tutela de aquellos colectivos que, por las características particulares de la operatoria, se encuentran en situación de hipervulnerabilidad en materia de políticas de protección del consumidor en el mercado de crédito y de los usuarios de servicios financieros (art. 80) teniendo en cuenta sus características sociodemográficas y económicas, los valores culturales, los patrones de consumo y demás aspectos particulares del grupo social al que el plan educativo o los programas especiales están dirigidos (art. 83). Resultan aquí prioritarias las campañas de información, difusión y promoción de los derechos del consumidor en la operatoria de crédito, la regulación y el control de la actividad publicitaria, de marketing y otras prácticas empresarias que puedan resultar abusivas del sector, tanto en la colocación de crédito o financiación, como en la contratación y su ejecución y en las metodologías y procedimientos de cobranzas extrajudiciales y judiciales.

Las acciones de las distintas agencias de protección a los consumidores deben formular e implementar políticas públicas específicas orientadas a los consumidores hipervulnera-

---

(70) Se toma así en consideración la recomendación realizada por el XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Bahía Blanca, 18 y 19 de mayo de 2018, Comisión 1): “Se recomienda en una futura reforma al deber de información a los consumidores incorporar una norma que contemple las situaciones de hipervulnerabilidad, y obligue a presentar la información de manera clara y accesible a niños, ancianos, personas con discapacidad sensorial e intelectual, analfabetos, enfermos (v.gr., celíacos, obesos, diabéticos, hipertensos) de manera tal de resguardar suficientemente su derecho a la seguridad y a la salud”.

bles. Son los consumidores hipervulnerables quienes deben estar en la cabeza de las prioridades, de la asignación de recursos y el despliegue de políticas. También la hipervulnerabilidad debe ser un indicador a tener en cuenta a la hora de la evaluación de las políticas públicas en materia de protección al consumidor.

### ***V.5. Protección contra las prácticas comerciales abusivas***

Otra de las cuestiones fundamentales en la materia es el combate a las prácticas comerciales que lesionan los derechos de los consumidores hipervulnerables, sea porque no tienen en cuenta sus características y necesidades específicas, sea que están direccionadas a ellos y teniendo en cuenta de sus circunstancias aprovechan su mayor vulnerabilidad para tomar provecho de dicha situación.

Al respecto entendemos que la hipervulnerabilidad debe ser el estándar de evaluación de materia de información, seguridad, y de trato digno y equitativo y de ilicitud en prácticas comerciales y publicidad (71).

En el derecho clásico del siglo XIX y en alguna perspectiva del derecho del consumidor primaban las categorías totalizantes con estándares de evaluación de conducta: el “buen padre de familia”, “el buen hombre de negocios”, el “hombre o consumidor medio”, el “consumidor racional”, etcétera.

Nos diferenciamos así del criterio europeo del “consumidor medio”, por los argumentos antes referidos. La hipervulnerabilidad, es decir, la protección más agravada debe ser la medida para evaluar el carácter adecuado del cumplimiento de los deberes de información, seguridad y trato digno y equitativo, como así también al analizar la publicidad y otras prácticas comerciales. Este pareciera ser el criterio que desliza la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (72).

(71) Así lo recogió en las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión 1 “Prácticas y cláusulas abusivas” el XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Mar del Plata, 3 y 4 de noviembre de 2017).

(72) CS, 22/4/2008, “Ledesma, María Leonor c. Metrovías SA”, Fallos 331:819.

En el caso de la información, esto tiene fundamento asimismo en los estándares constitucionales y legales que imponen la obligación de información al proveedor, en cuanto a que sea adecuada y comprensible, esto es, teniendo en miras a su destinatario. Lo propio puede sostenerse respecto a la seguridad, el trato digno y las prácticas comerciales, especialmente respecto a productos o servicios que son demandados o están orientados especialmente a dichos grupos vulnerables.

Podemos observar esta perspectiva en las siguientes normas específicas:

1) Al disponer que la protección de la hipervulnerabilidad reviste especial significación en el ámbito de las prácticas abusivas (art. 19) y que la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados (art. 3°);

2) Al establecer obligación de atención al consumidor o usuario conforme a estándares de adecuación a las condiciones de hipervulnerabilidad (art. 23);

3) Al reconocer el derecho de atención prioritaria a ciertos grupos vulnerables como mujeres embarazadas, personas con discapacidad, mayores, acompañadas con niños o niñas de escasa edad, o que por alguna razón objetiva se encuentren en una situación que dificulte su desplazamiento o movilidad (art. 24);

4) Al caracterizar como supuesto de publicidad abusiva aquellas publicidades que atenten contra el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes y la identidad de género (art. 45);

5) Como elemento a tener presente al momento de la graduación de las sanciones administrativas (art. 160).

### ***V.6. Profundización del activismo judicial y priorización del valor justicia***

Siguiendo los estándares de las ya referidas 100 Reglas de Brasilia, se vuelve indispensable que las instancias de prevención y resolución de conflictos faciliten el acceso a la justicia de



los consumidores hipervulnerables y actúen con mayor flexibilidad en su favor (73).

Sobre el particular podemos mencionar:

1) En materia de protección contractual al disponer que el juez deberá ponderar especialmente en las diferentes etapas del contrato de consumo y para su integración a los principios de respeto de la dignidad de la persona humana, buena fe, confianza, ejercicio regular de un derecho y orden público de protección, entre otros, acentuando esto en condiciones de hipervulnerabilidad (art. 37);

2) Al habilitar al juez a flexibilizar la congruencia en aras a una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte en el proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores hipervulnerables o cuando se encuentren afectados derechos fundamentales de los consumidores (art. 170);

3) Al ponderarse la expectativa de seguridad de productos (art. 110);

4) Al evaluarse los eximentes de responsabilidad por hecho de la víctima (art. 115);

5) Al meritarse los presupuestos de admisibilidad de los procesos colectivos de consumo (art. 172) y su admisibilidad en acciones de daños (art. 173);

*e) Los proveedores deben realizar los ajustes razonables en pos de garantizar el acceso al consumo, información, trato digno y equitativo, protección de la salud y seguridad y de los intereses económicos y libertad de elección a los consumidores hipervulnerables.*

Muchos consumidores hipervulnerables, según el caso, requieren de ajustes para el ejer-

cio de sus derechos en las relaciones de consumo. Infraestructuras adecuadas, información específica o en un lenguaje determinado, adaptación de prácticas o conductas, variaciones en las modalidades de provisión de bienes o prestaciones de servicios, etc. En tanto sean razonables, los proveedores deben facilitar la realización de dichos ajustes sin que impacten de manera discriminatoria o excesivamente costosas para los consumidores hipervulnerables.

## VI. A modo de cierre

La sociedad de consumo, que estandariza las condiciones de comercialización, los bienes y servicios y las prácticas comerciales corre el riesgo de estandarizar también el perfil de los consumidores, invisibilizando la diversidad y las necesidades y diferencias de los sectores más vulnerables, desventajados o excluidos de la sociedad.

Es el derecho del consumidor, con su fuerza humanista y protectora de la dignidad, quien debe tomar la problemática de los consumidores hipervulnerables en el eje de sus debates centrales y promover que las autoridades públicas adopten las medidas adecuadas para visibilizar sus problemáticas, garantizar sus derechos y defender sus intereses con justicia y equidad.

La hipervulnerabilidad nos interpela. Como ha sostenido la jurisprudencia brasileña, los consumidores hipervulnerables son aquellos que, exactamente por constituir una minoría y ser a menudo discriminados o ignorados, más sufren con la masificación del contrato y con la “pasteurización” de las diferencias que caracterizan y enriquecen la sociedad moderna. Ser diferente o ser minoría, por enfermedad o por cualquier otra razón, no significa ser menos consumidor, ni menos ciudadano, tampoco ser merecedor de derechos de segunda clase o de protección solamente retórica del legislador (74).

(73) Así lo alertó el XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor en las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión 2 “Medios alternativos y protección procesal del consumidor” (Mar del Plata, 3 y 4 de noviembre de 2017): “La hipervulnerabilidad del consumidor exige intensificar las garantías procesales contenidas en el sistema de protección de consumidores y usuarios”.

(74) STJ de Brasil, sala II, 17/4/2007, “Ministério Público do Estado de Minas Gerais c. Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - ABIA”. Min. Ponente Antonio Herman Benjamin, Dje, 19/3/2009, [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num\\_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF) [consultado 22/7/2016].



# El Anteproyecto de reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. La noción de proveedor

---

GRACIELA LOVECE (\*)

## I. Introducción

La primitiva Ley de Defensa del Consumidor 24.240 fue un gran avance en la generación de un sistema de protección de los derechos de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad estructural dentro del mercado, si bien sufrió el veto presidencial que la privó de sus aspectos más importantes, igualmente no puede desconocerse que fue la puerta de entrada a un marco específico de protección jurídico escindida de la normativa de fondo (1).

Posteriormente, la norma se vio reforzada por el reconocimiento constitucional de los derechos de los consumidores y usuarios en el año 1994 (art. 42), los Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales a ella incorporados y sus modificaciones, entre ellas, las más impor-

tantes introducidas por las leyes 24.999 y 26.361 que terminó por consolidarla y otorgarle la trascendencia y relevancia necesaria dentro de un modelo de sociedad de consumo.

La ampliación que se efectuó en el art. 1º hacia las relaciones de consumo (ley 26.361) fue uno de los avances más positivos, ya que abandonó el criterio restrictivo contractual adecuando la especificidad de la ley al principio general establecido en el ordenamiento constitucional, como así también en la normativa internacional.

Se generó de este modo un principio interpretativo de los vínculos de intercambio económico dentro del mercado, de manera unificada, abarcando tanto el ámbito contractual como el extracontractual y sustentado en el reconocimiento de la situación de debilidad y desigualdad en la que se encuentran los consumidores y usuarios (2).

Este proceso evolutivo, sostuvimos, se vio empalidecido al incluir a los derechos del consumidor en el marco regulatorio del Código Civil y Comercial, pues se avanzó sobre una normativa con principios, lógica y autonomía propia (3), generándose dos marcos regulatorios de

---

(\*) Doctora en Derecho, UBA. Profesora Titular regular de Contratos Civiles y Comerciales (Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Elementos de Derecho Civil (Derecho, UBA). Profesora Titular regular de Derecho Económico I (Facultad de Ciencias Económicas, UBA). Profesora del Doctorado Intensivo en Derecho (UBA). Profesora de Posgrado (UBA, UNLZ, UNC, entre otras). Profesora en la Maestría de Derecho Privado (UNR). Profesora del Doctorado en Derecho (UCES). Investigadora (Derecho, UBA). Disertante nacional e internacional. Autora y coautora de libros, tratados y artículos publicados en la Argentina, Colombia y Brasil.

(1) STIGLITZ, Gabriel, "La importancia de la Ley del Consumidor", en GHERSI, Carlos A. - WEINGARTEN, Celia (dirs.), *Defensa del consumidor*, Nova Tesis, Rosario, 2005, p. 7. "La importancia de la normativa especial radicó en primer lugar en la eliminación de interpretaciones restrictivas, en relación a las normas generales aplicables con anterioridad a la Ley 24.240".

(2) LOVECE, Graciela, "Una nueva base para seguir creciendo", en VÁZQUEZ FERREYRA (dir.), "Reforma a la Ley del Consumidor", *Sup. Especial La Ley*, abril de 2008.

(3) LOVECE, Graciela, "Los contratos de consumo y las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial. La supremacía del criterio protectivo de la ley 24.240", *Rev. Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nro. 272, mayo/junio de 2015, ps. 575 y ss.

la misma relación jurídica, haciendo necesaria nuevas interpretaciones y fórmulas integrativas, existiendo contradicciones, etc., pero por sobre todo limitando los derechos (4).

Hoy nos encontramos frente a un nuevo desafío, cual es el avance en la sistematización del derecho de consumo; como muy bien se sostiene entre los fundamentos del Anteproyecto en comentario, ya que no podemos hablar de una modificación de la Ley de Defensa del Consumidor sino de una reforma integral.

Ahora bien, adecuar el sistema normativo es una tarea ideológica, política en el sentido amplio del término y compleja, por tanto, altamente polémica, especialmente si tomamos en consideración que nos referimos a una norma que regula la casi totalidad de las relaciones jurídicas que desarrolla el ser humano cotidianamente, por tanto resulta fundamental que la misma otorgue la respuesta adecuada a las demandas sociales, de lo contrario, pierde legitimidad (5).

---

(4) SOBOUL, Albert, *La Francia de Napoleón*, Crítica, Barcelona, 1992, p. 14. "El Código Civil se presenta, sin duda, como la expresión jurídica de los derechos del hombre, esto es, de un humanismo jurídico. Pero, ¿no se trata en realidad de un disfraz que encubre una realidad económica y social: el reinado de la propiedad, la dominación de la burguesía? En teoría el Código Civil da al individuo la mayor libertad. De hecho se confirmaba fundamentalmente represivo, sometiendo al individuo, desde su nacimiento hasta su muerte, a un estatuto determinado en su esencia por la propiedad".

(5) KENNEDY, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*, Siglo del Hombre, Bogotá, 1999, p. 64. "... las ideologías opuestas entran en conflicto constantemente en múltiples escenarios de la vida social. Así, las posiciones de derecha y de izquierda chocan a propósito de asuntos económicos como, el gasto público, de tópicos políticos como la representación de las minorías, y de cuestiones éticas como la justificación de los programas de acción afirmativa. En todos estos escenarios, el derecho cumple una función central, en tanto establece las reglas de juego que favorecen una u otra posición ideológica. Por esta razón, las inteligencias ideológicas y los grupos sociales que representan tienen un interés vital en la definición de las reglas jurídicas, tanto cuando se trata de la expedición de una ley como de la solución judicial de un caso concreto. En este sentido, *la lucha ideológica se extiende al ámbito del derecho*; la definición de las reglas jurídicas es uno de los campos de batalla fundamentales entre las ideologías opuestas. De esta forma, el derecho en general y las decisiones judiciales en particular, son una extensión de la política".

En este orden de ideas y previo a introducirnos en nuestro tema específico, desde una visión general, podemos efectuar algunas consideraciones que creemos serán motivo de un fructífero debate y de numerosos trabajos doctrinarios que, con seguridad, habrán de ser muy enriquecedores.

Por lo pronto, la norma proyectada se ajusta al mismo criterio de racionalidad jurídico mixto en el sentido que lo hace el Código Civil y Comercial y esto, entendemos, redundante en la necesidad de generar nuevas interpretaciones de carácter protectorio ampliamente superadas (6) y, así como se incorporan temáticas trascendentes, el significativo avance que se propone en algunas áreas se contrapone al retroceso que sufre en otras.

Asimismo, el hecho de que se siga en diferentes aspectos a la legislación comparada, no necesariamente implica que sea lo mejor, o que puedan importarse sin más, pues existen contextos, historias, marcos económicos, etc., diferentes.

Solo a modo ejemplificativo podemos mencionar que el Anteproyecto avanza de manera muy positiva en la explicitación de los *principios generales del consumo*, que no contenía la normativa anterior, como son entre otros el de protección especial a los consumidores hipervulnerables, el de acceso al consumo, el de prevención y precaución, etc., y mantiene vigentes los ya reconocidos, dignidad, equidad, no discriminación, etc., y establece con claridad meridiana el *orden público* de la norma como *principio protectorio*, por tanto los derechos en ella reconocidos son *imperativos, inderogables y obligatorios* de modo tal que, aun cuando el Código Civil y Comercial regula el contrato de consumo, prevalece la norma especial en

---

(6) BOURDIEU, P. - TEUBNER, G., *La Fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000, p. 103. "Al mismo tiempo el derecho formal cumple con funciones 'legitimadoras'. Un orden legal lógico formal parece ser una fuente autónoma y neutral de orientación normativa y esa misma neutralidad y autonomía del derecho constituye una de las bases que utilizan los sistemas políticos en la sociedades capitalistas para legitimar la autoridad (Trubek. 1977:540)".

cuanto resulte más protectora por aplicación del *principio in dubio pro consumidor* (7).

La ampliación regulativa del deber de información, los efectos de la sobreinformación a la que referimos desde hace mucho tiempo (8), la protección frente al crédito al consumo, el sobreendeudamiento, el expuesto a los daños, etc., también apuntan a una mejora en la relación aun cuando podamos plantear algunas objeciones.

Sin embargo, no compartimos algunos de los aspectos relativos a los daños al consumidor; por ejemplo, cuando remite al Código Civil y Comercial en la función preventiva, ya que al tratarse de uno de los principios básicos reconocidos en el mismo Anteproyecto debería haber sido regulado directamente y haberse impuesto una sanción al incumplimiento que la normativa de fondo no posee.

En el caso de daños derivados por productos defectuosos, la obligación de *probar el defecto* por el consumidor (art. 113); esta carga contraría a la LDC actual, en tanto la idea protectorista de la norma se expande a sus efectos probatorios; ya que las empresas siempre se encuentran en una situación fáctica jurídica y económica superior, especialmente luego de la reforma introducida por la ley 26.361 al art. 53 que impone a los proveedores la obligación de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio, lo que en la práctica redundará en una suerte de inversión de la carga probatoria en beneficio de los consumidores y usuarios (9), etc., y, funda-

mentalmente, la modificación que se introduce en el art. 108 al actual art. 40, LDC.

En efecto, según el nuevo régimen, solo sería aplicable la normativa especial cuando se trate de daños a los consumidores derivados de *productos o servicios defectuosos* y no a los ocasionados por *productos o servicios riesgosos* como ocurre en la ley actual, remitiéndose para estos supuestos a lo normado en los arts. 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com., que no incluye la figura del fabricante, por tanto va a tener que realizarse igual interpretación doctrinaria que la que se hacía con el anterior art. 1113, Cód. Civil (10) además de establecer una responsabilidad *concurrente no solidaria* como lo es actualmente, y esto nos parece un importante retroceso violatorio del principio convencional de progresividad y no regresividad.

Idéntica situación se da con la subjetivación de la sanción punitiva (art. 118), para la que se requiere un *grave menosprecio hacia los derechos del consumidor*, que es lo mismo que un *“grave menosprecio de los intereses ajenos”*, es decir, es necesario que exista dolo (art. 1724, Cód. Civ. y Com.) limitando al máximo las posibilidades de su aplicación y quedando desfasado de la recientemente sancionada Ley de Defensa de la Competencia 27.442 que en sus arts. 64 y 65 establece la multa civil en favor del damnificado con igual contenido que el actual art. 52 bis, LDC.

El Anteproyecto tiene la virtualidad de tratarse de una reforma integral, como mencionamos anteriormente, y en esta tarea habitualmente existen visiones diferentes que, como se refleja en sus fundamentos, también las hubo dentro de la Comisión Reformadora. Nuestra intención es promover y aportar al debate

(7) ZENTNER, Diego, *Contrato de Consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 185. “En suma, la regla pro consumidor” importa una superación hermenéutica en razón de la mayor especialidad que exhibe y constituye un claro indicio de que el Derecho se ocupa de resguardar los intereses del consumidor como polo débil de la relación”.

(8) LOVECE, Graciela, “Daños por exceso de información y la responsabilidad empresarial”, en GHERSI, Carlos A. - WEINGARTEN, Celia (dirs.), *Daños. Globalización. Estado. Economía*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, ps. 150 y ss.

(9) GOZAÍNI, Osvaldo, “Protección procesal del consumidor”, en MOSSET ITURRASPE, J. - WAJNTRAUB, J., *Ley de Defensa del Consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 403. “Las pruebas leviores, diabólicas

o de práctica imposible demuestran que la carga de la prueba no cumple por sí sola una función en la actividad y sus resultados. Cuando las presunciones traen argumentos de prueba, la inversión del *onus probandi* o la colaboración en la persecución de la verdad resulta necesaria e ineludible”.

(10) WEINGARTEN, Celia - LOVECE, Graciela, “Responsabilidad de los sujetos y/o empresas que intervienen en la cadena de fabricación, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios”, en GHERSI, Carlos A. (dir.), *Responsabilidad 3. Responsabilidad objetiva*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, ps. 120 y ss.

de ideas y de posicionamientos jurídicos que, como siempre sucede, no resultan para nada asépticos; muy por el contrario, son el reflejo de la conceptualización ideológica de quienes las sostienen.

## II. El sujeto pasivo de la relación de consumo y el derecho comparado

El derecho de consumo siempre ha tenido como epicentro del sistema a la figura del consumidor como sujeto estructuralmente vulnerable y, por tanto, objeto de protección, no obstante, la contrafigura de la relación de consumo que es *el proveedor* como definición genérica, y que abarca a todos los integrantes del sistema productivo, no ha concitado tanto análisis (11).

Partiendo de la definición de relación de consumo en el art. 1° como el “vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Tiene como fuente un hecho o acto jurídico, unilateral o bilateral, una práctica o una técnica de marketing. Puede resultar de la tipificación legal, de la voluntad individual, o inferirse a través de la interpretación judicial”, podemos extraer algunas reflexiones, una de ellas es que si bien debemos definir o delinear la figura del consumidor, para determinar la existencia de una relación de consumo en cada caso concreto, no resulta menos cierto que, al definirlo, también estamos delimitando a la figura del proveedor y en tal supuesto, estableciendo los alcances de sus obligaciones legales.

La figura del proveedor fue evolucionando en su conceptualización, y si observamos tanto en la normativa local como en la internacional la base fundamental se asienta en el *carácter pro-*

*fesional* de la actividad que desarrolla dentro del mercado (12).

Así entonces, la figura del proveedor es definida de distintos modos en las diferentes legislaciones, en algunos casos, con un criterio amplio y abierto a fin de abarcar la mayor cantidad de supuestos posibles y, en otros, efectuando una delimitación concreta.

Al solo efecto ejemplificativo podemos mencionar al art. 3° del Código del Consumidor de Brasil que fue uno de los que mayor influencia ejerció sobre la primitiva legislación de consumo, define al proveedor como “toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes despersionalizados que realizan actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o prestación de servicios”.

La ley 29.571 de Perú considera proveedores a “Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a...”.

Mientras que para la ley 453 de Bolivia, “Son las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que desarrollan actividades de producción, fabricación, importación, suministro, distribución, comercialización y otras, de productos o de prestación de servicios general destinados directamente a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores finales. No se considera proveedores a quienes ejercen una profesión libre”.

Paraguay regula los derechos del consumidor mediante la ley 1334 determinando como

(11) FRUSTAGLI, Sandra, “Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, en ALEGRIA, Héctor - MOSSET ITURRASPE, Jorge (dirs.), *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 228. “Pese a que ambos conceptos configuran el anverso y el reverso de ‘la relación de consumo’, los debates y el interés concitado en torno al estudio de las definiciones de consumidor y proveedor han sido sensiblemente dispares. Así, mientras una enorme cantidad de trabajos doctrinarios se han preocupado por establecer los alcances de la noción normativa del consumidor con miras a determinar quiénes resultaban beneficiarios de los institutos y soluciones consagrados por el sistema protectorio, el concepto de proveedor recibió escaso tratamiento”.

(12) CNCom., sala F, 18/10/2018, “Luis Valeria Elisabeth c. Banco Santander Río SA s/ordinario”. “El proveedor está obligado no solamente a ajustarse a un concreto y exacto contenido normativo, sino además está constreñido a observar cierta conducta en todas las etapas del íter negocial, incluso aún antes de la contratación. Y no podrá vulnerar, en los hechos aquellos sensibles intereses”. MJ-JU-M-115660-AR | MJJ115660.

proveedor a “toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa” (art. 4.b).

La ley 17.250 de Uruguay en su art. 3º dispone que es proveedor “toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo”.

Finalmente, nos parece importante mencionar la resolución (GMC) 34/11 (17/11/2011, BO 16/11/2012) del Mercosur que establece definiciones y conceptos aplicables a las relaciones de consumo a ser adoptadas por los Estados partes y en la que se define al proveedor como “toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, así como los entes despersonalizados de la Administración Pública de los Estados Partes, que desarrolle de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de fabricación, producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, distribución y/o comercialización de productos y/o servicios”.

Mientras que, entre las normas especiales de los países europeos, que también fueron tomadas en cuenta por la Comisión, el Texto Re-fundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España (real decreto legislativo 1/2007) nos da en primer lugar la noción de empresario en el art. 4º disponiendo que “A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión” que se complementa con el art. 7º que establece el concepto de proveedor como “A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suminis-

tra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución”.

Vemos de tal forma que la figura del proveedor o empresario se ha ido expandiendo buscando abarcar la multiplicidad de actividades desarrolladas dentro del proceso productivo en sentido paralelo al desarrollo del paradigma de sociedad de consumo.

### **III. Los distintos aspectos de la regulación en nuestro derecho de consumo**

En idéntico sentido al mencionado precedentemente nuestro derecho de consumo también fue variando tanto la noción de consumidor como la de proveedor; así, la primitiva ley 24.240 adoptó en su art. 2º un criterio amplio disponiendo que proveedor era “la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada que en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores y usuarios...”

Esta decisión legislativa deliberadamente amplia incluye a todos los integrantes de la cadena productiva caracterizada por la profesionalidad independientemente de su carácter público o privado, y tampoco resulta necesaria la continuidad en la actividad, ya que puede aplicarse la normativa de consumo, aun cuando se trate de un acto aislado.

#### ***III.1. Las modificaciones introducidas por la ley 26.361***

Posteriormente, la importante reforma introducida por la ley 26.361 aún vigente, que marcó un hito en materia de consumo incrementado y afianzando el sistema tuitivo, definió al sujeto pasivo del fenómeno circulatorio de bienes y servicios manteniendo los lineamientos de la primitiva norma, pero amplía la nómina de actividades abarcadas en la intención de contemplar una mayor cantidad de supuestos como es el caso de la concesión de marcas, montaje, construcción etcétera.

Desde el momento mismo de su sanción consideramos que toda ejemplificación, en especial cuando se trata de delimitar a los obligados,

deja abierta la puerta a una interpretación en contrario facilitando la exclusión (13).

Y si bien la doctrina mayoritaria considera que la descripción debe interpretarse como meramente enunciativa (14), consideramos que debería haberse adoptado un criterio más abierto aún y hacer referencia a todos los *agentes económicos* que participan de la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

### III.2. Los proveedores y el Cód. Civ. y Com.

A su turno las relaciones de consumo fueron incluidas en el marco regulatorio del Cód. Civ. y Com. avanzando sobre la *norma específica autónoma y autosuficiente* ocasionando desde nuestra perspectiva, como referimos anteriormente, un quiebre en el sistema protectivo (15).

En este sentido, el art. 1093, Cód. Civ. y Com., al regular el contrato de consumo nos otorga una definición de proveedor como “persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso

(13) LOVECE, Graciela, “Una nueva base para seguir creciendo”, cit.

(14) MOSSET ITURRASPE, J. - WAJNTRAUB, J., *Ley de Defensa del Consumidor*, cit., p. 49.

(15) GHERSI, Carlos A., “Inconstitucionalidad de las leyes 26.944 y 26.994, y del Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos relativos a leyes de orden público”, MJ-DOC-7422-AR | MJD7422. “El mandato de la presidenta de la Nación fue confeccionar un Código Unificado Civil y Comercial y, así, al menos está el título del Código vigente. Sin embargo, se ha avanzado en ‘materias y contenidos’ que representaban una parte autónoma (después de largos debates y luchas en la doctrina y la jurisprudencia) y que poseían una regulación. Así, por ejemplo, la Ley de Contratos de Trabajo (vulnerada por la regulación del contrato de franquicia); la Ley de Derechos del Paciente y la Ley de Derechos del Consumidor, todas de orden público, cuando esta Ley 26.994, la Ley 26.944 y el propio Código ‘no son de orden público’”.

“Esto es lisa y llanamente inconstitucional y contrario a los Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales suscriptas por la Argentina y claramente desconocidos por nuestros legisladores, quienes deberían pagar los costes, por dictar normas inconstitucionales y en desconocimiento de las normativas internacionales, ya que causan perjuicio a los seres humanos que habitan la Nación Argentina”.

o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

Vemos que la normativa de fondo retoma un criterio amplio para la conceptualización de la figura del proveedor, lo que le otorga mayor dinamismo y posibilita su adaptabilidad.

No obstante, mantiene las características centrales como son que se trate de una persona humana o jurídica, la actuación profesional, aun ocasional, y la independencia respecto de su carácter público o privado, pero a diferencia de la regulación actual y de la proyectada no excluye a los profesionales liberales de su marco de aplicación, tema al que haremos referencia más adelante.

### IV. La definición de proveedor en el Anteproyecto

El Anteproyecto en comentario establece en la sección 1ª del capítulo 1 el ámbito de aplicación de ley luego de definir a la relación de consumo (art. 1º), establecer la categoría de consumidor (art. 2º) y otorgar una protección especial a los consumidores hipervulnerables (art. 3º) demarca, en el art. 4º, a los sujetos pasivos del negocio jurídico.

Se define así al proveedor estableciendo que “Es la persona humana o jurídica, de naturaleza pública o privada, que actúa de modo profesional, aun ocasionalmente, desarrollando actividades de producción, prestación de servicios, montaje, creación material o intelectual, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución, comercialización o transporte, destinadas a consumidores o usuarios.

“No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello. La exclusión no alcanza al régimen de publicidad, a las prácticas abusivas, a su actividad comercial o a toda otra ajena a su incumbencia profesional. Ante la presentación de denuncias que no se vinculen a los temas alcanzados por esta ley, la autoridad de aplicación informará al



denunciante sobre el ente que controle la matrícula respectiva, a los efectos de su tramitación.

“Al transporte aéreo se aplica el Código Aero-náutico, los Tratados Internacionales de los que la Argentina sea parte, y esta ley, de modo concurrente y de acuerdo a su materia, criterio que se proyecta a la competencia de las autoridades de aplicación”.

La norma se divide en tres párrafos claramente diferenciados que consideramos merecen un tratamiento específico.

#### **IV.1. La conceptualización genérica de proveedor**

Dando continuidad a la norma vigente permanece inalterable el criterio de calificar como proveedor a la *persona humana o jurídica*, tanto sea de naturaleza *pública o privada*.

En este sentido, la independencia de la calidad de persona privada o pública resulta ser la lógica consecuencia de la existencia del principio de igualdad ante la ley, ya que la actividad desarrollada por las personas jurídicas públicas en el ámbito de las relaciones privadas (ej., prestación de servicio) hacen que pierda los privilegios de los que goza y se transforme en un operador económico más dentro del mercado careciendo de la inmunidad de los entes públicos.

Asimismo, de no incluir a las personas públicas, la norma quedaría desfasada de los otros dos sistemas que resultan pilares en la regulación de la actividad empresarial dentro del mercado como son la Ley de Defensa de la Competencia (27.442) y la de Lealtad Comercial (22.802), el Anteproyecto regula la integración de las tres normas como sucede con la legislación de consumo vigente, y de no ser así, igualmente deben integrarse para lograr un funcionamiento equilibrado del sistema del mercado en mérito a la protección del *interés privado* de los empresarios, el *interés colectivo* de los consumidores y el propio *interés público* del Estado.

Coincidimos con la Dra. Frustagli (16) en que la norma, tal como ocurrió con la primitiva ley 24.240 y su posterior modificación mediante

(16) FRUSTAGLI, Sandra, “Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, cit., p. 234.

la ley 26.361, omite contemplar expresamente la calidad de *nacional o extranjero del proveedor* como contienen otras legislaciones y como establece la resolución del Mercosur anteriormente transcrita.

En tal sentido, y aun cuando no se encuentre mencionado explícitamente, debe entenderse incluido al proveedor extranjero dentro del marco legal; por aplicación del principio *in dubio pro consumidor*, no obstante, entendemos que sería mucho más positiva su regulación expresa con la finalidad de evitar posibles interpretaciones restrictivas, especialmente en un mundo en el que las relaciones de consumo se internacionalizaron.

Se da continuidad asimismo al *criterio de profesionalidad* quedando incluidos los sujetos que realizan la actividad de forma habitual como a quienes ocasionalmente participan del fenómeno circulatorio de bienes y servicios.

En cuanto a la categorización de las actividades desarrolladas, se mantiene el criterio descriptivo de la norma vigente, sobre la que ya planteamos nuestras objeciones, abarcando a los *prestadores de servicios* que había sido omitido en la reforma anterior y también expande la categoría de proveedor al *transportista*, puesto que no existía razón alguna para que no fuera mencionado.

Insistimos que esta descripción debe ser tomada como meramente enunciativa y no taxativa, dado el evidente dinamismo y creatividad de la actividad empresarial, pues de lo contrario se perdería la finalidad tuitiva de la norma.

#### **IV.2. La reiterada exclusión de los profesionales universitarios de la norma de consumo**

Una de las temáticas que mayores controversias ha suscitado desde el momento mismo de la sanción de la Ley del Consumidor en el año 1993, que no fue corregida por la ley vigente, y tampoco lo es lamentablemente en el Anteproyecto de reforma, es la exclusión de los profesionales del ámbito de aplicación de la norma —lo que no sucede con otras legislaciones de consumo—, remarcando una situación de desigualdad y enfatizando el sentido de poder del cual gozan dentro de la sociedad perdiéndose una nueva oportunidad de corregir esta distorsión.

Según la norma en comentario, no se encontrarían contemplados por las disposiciones de la ley *los servicios de los profesionales liberales que requieran título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales*

En principio, no solo la desigualdad se plantea respecto de los profesionales universitarios de aquellos que no lo son, sino que, además, entre los mismos profesionales universitarios existen diferencias, ya que si para el ejercicio de su actividad no es necesaria la matriculación en colegio profesional; ese profesional se vería alcanzado por la normativa y por las obligaciones que de ella derivan mientras que los otros no (17).

También hemos sostenido que a pesar de esta exclusión expresa, por tratarse la relación profesional-cliente/paciente, etc., se encuentra enmarcada en una asimetría cultural y científica que se concreta en una *estructura contractual de adhesión científica individual* y que por esta vía se hallaría subsumido en el ámbito de aplicación de la ley.

Más aún, el art. 1093, Cód. Civ. y Com., al que referimos anteriormente, no excluye a los profesionales liberales de la calidad de proveedor, planteando una diferencia importante respecto de la ley vigente y también de la proyectada, y tomando en consideración que dentro del diálogo de fuentes que se propone, y desde la perspectiva de la interpretación más favorable al consumidor, podemos concluir que la relación profesional-cliente/paciente, etc., se encuentra alcanzada por la normativa de consumo.

Sin perjuicio de considerar que, aun cuando no se acepte esta postura, igualmente existen deberes para el profesional emanados de la legislación de consumo que le son perfectamente aplicables, tales como el deber de información, de seguridad, de trato digno, etcétera.

(17) BRUN, E., *El proveedor*, en GHERSI, Carlos A. - WEINGARTEN, Celia (dirs.), *Consumidores y Usuarios: Como defender sus derechos*, Nova Tesis, Rosario, 2015, p. 32. "Nótese que en la frase 'título universitario y matrícula profesional habilitante' el conector 'y' no es accidental. En efecto si el profesional puede prestar sus servicios sin la necesidad de matrícula profesional (por ejemplo un licenciado en publicidad) sin duda se vería alcanzado por los efectos de la Ley de Defensa del Consumidor".

La mentada exclusión corporativa no alcanza a la publicidad (18) que se haga de los servicios profesionales siguiendo la línea actual, y tampoco lo hará respecto de las prácticas abusivas, de su actividad comercial o de toda otra ajena a su incumbencia profesional.

Estos agregados resultan significativos y reflejan cuestiones que venían siendo receptadas doctrinaria y jurisprudencialmente, por ejemplo, cuando se trata de estudios jurídicos que prestan servicios profesionales estructurados en forma empresarial, o los médicos de cartilla, etcétera (19).

(18) CNCiv., sala G, 13/3/2007, "D. C. L. c. T. A. s/daños y perjuicios". La realización de publicidad importa una suerte de sometimiento voluntario del profesional al régimen protectorio especial de los consumidores, aunque para involucrarlo en el marco de la ley 24.240 deben quedar excluidos los mensajes de carácter meramente informativos. Será necesaria una publicidad relativa a características especiales de la prestación, que puedan además ser diferenciadas de las comunes a la actividad. Todo ello deberá ser ponderado en última instancia por la autoridad de aplicación y, en su caso, por el juez. Por otra parte, los profesionales se desempeñan en áreas de conocimiento donde la información a los consumidores es particularmente escasa. De ahí que en función de la particular debilidad en que se encuentran los contratantes de estos servicios (sumado a la autoridad que en cada materia le asiste al profesional el hecho de contar con un título y una matrícula), éstos no cuentan con otra alternativa que depositar su confianza en el prestador. Y otro aspecto de gran trascendencia es que la asimetría informativa y la confianza pueden llevar a que los propios profesionales provoquen lo que se denomina inducción de la demanda, que se traduce en un obrar del profesional tendiente a inducir artificialmente al requerimiento de sus propios servicios, con la única meta de aumentar su volumen de trabajo y, por ende, sus ingresos".

(19) CCiv. y Com. Rosario, sala I, 8/10/2014, "Perinat SA c. Lin Te Tou y otro s/cobro de pesos". "Es aplicable al caso la Ley 24.240 (ref. por ley 23.361) desde que si bien ésta excluye expresamente a los profesionales liberales de la normativa protectoria (art. 2), refiriendo en este aspecto a los profesionales como personas físicas en tanto tengan título universitario y matrícula otorgada para su ejercicio, pero sí abarca la publicidad que se haga de su ofrecimiento, es aplicable cuando se ejerce la actividad en forma de empresa, diluyéndose la figura del profesional liberal para conformarse la de proveedor y cuando el profesional crea publicidad destinada a consumidores potencialmente indeterminados", MJ-JU-M-89712-AR | MJJ89712.

Por último, se mantiene el agregado incorporado por la ley 26.361 en cuanto a la información que la autoridad de aplicación debe brindar al consumidor respecto del ente de control de la matrícula del profesional denunciado; que, en realidad, carece de efectos prácticos en función de la protección de los usuarios de los servicios profesionales damnificados.

### IV.3. El transporte aéreo y la calidad de proveedor

Otro de los aspectos controvertidos en materia de reconocimiento de la calidad de proveedores es el de la aplicación o no de las normas consumeriles al transporte aéreo, ya que el art. 63, LDC, solo remite al marco de consumo de manera supletoria (20).

No obstante esta limitación, y basados en las directivas constitucionales del art. 42 como vértice de la estructura legal, los tratados, pactos y convenciones internacionales a ella incorporados, el carácter de orden público de la Ley del Consumidor y las disposiciones del Código Civil y Comercial (21), comenzó a abrirse el ca-

(20) CNCom., sala F, 14/8/2018, “Blanco Esteban c. Despegar.com.ar SA y otro s/ordinario”. “La protección constitucional a los derechos de los consumidores y usuarios impone, a nuestro entender, la prevalencia de las disposiciones de la Ley 24.240. Véase que la norma del art. 63 LDC, que impone la mencionada autoexclusión (parcial) de la Ley consumeril forma parte de la propia Ley 24.240; y, ante la duda —si la hubiere— es dable acudir al principio *in dubio pro consumidor* que ésta última establece para su interpretación (art. 3º LDC.) y que reza: ‘Las disposiciones de esta Ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo (...). En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta Ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta Ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica’”, MJ-JU-M-113819-AR | MJJ113819.

(21) CNCom., sala B, 12/6/2018, “Montini Federico Salvador y otro c. Iberia Líneas Aéreas SA y otro s/ordinario”. “En la actualidad, las normas de defensa del consumidor presentes en el CCivCom. se aplican directamente y no de modo supletorio al contrato de transporte aéreo ya que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico que excluya o limite su aplicación y en este sentido, son particularmente relevantes los arts. 1094/1095 del CCivCom. en relación a la forma de valorar el contrato de consumo. Y si bien las normas no son directamente aplicables al *sub lite*, brindan una

mino tendiente a considerar como una *relación de consumo al contrato de transporte aéreo* y por tanto regida por la normativa especial.

De forma tal que existen una cantidad de situaciones que son amparadas por la norma, tales como el cumplimiento del deber de información, el cumplimiento de la oferta realizada, del deber de seguridad, la fuerza vinculante de la publicidad, la prohibición de prácticas y cláusulas abusivas etcétera (22).

En este orden de ideas resulta plausible la última parte del art. 4º del Anteproyecto en cuanto dispone la *aplicación concurrente* y no supletoria de la norma, con el Código Aeronáutico y los tratados internacionales, como así también la competencia de las autoridades de aplicación según la materia.

Por tanto, al tratarse el contrato de transporte aéreo de una relación de consumo, el transportista aéreo se encuentra obligado por su calidad de proveedor al cumplimiento de todas las obligaciones impuestas por la norma, y en caso de conflicto derivado de algún incumplimiento relativo a dicha relación, será competente el ANCON como autoridad de aplicación exclusiva y excluyente a crearse (art. 124).

## V. Conclusiones

La construcción de un modelo social democrático de integración y protección de los más débiles es mucho más compleja que el simple

pauta interpretativa sobre la dirección que ha tomado nuestra legislación”, MJ-JU-M-112042-AR | MJJ112042.

(22) CNCom., sala F, 14/8/2018, “Blanco Esteban c. Despegar.com.ar SA y otro s/ordinario”. “Desde que el contrato de transporte aéreo de personas importa una relación de consumo —ámbito de aplicación de la Ley 24.240—, existen una cantidad de situaciones que se encuentran amparadas por tal normativa (v.gr., el incumplimiento por parte de las empresas aéreas de informar debidamente al usuario—arts. 4 y 36—; el incumplimiento de las aerolíneas del mantenimiento de ofertas realizadas—art. 7—; los efectos de la publicidad—art. 8—; la prohibición de cláusulas abusivas—art. 37—; entre otras), por tanto el plazo de prescripción en dichas cuestiones ineludiblemente es el previsto por el art. 50 de la LDC, lo que no conlleva modificar el plazo establecido en el resto de las situaciones tratadas en la legislación específica, que más allá de la previsión del art. 50 se mantendrá inalterable”, MJ-JU-M-113819-AR | MJJ113819.

desarrollo de normas, teorías o ideas, implica también técnicas, métodos y formas de construcción, aprendizaje, transmisión, educación, intercambio y evaluación.

Una de las diferencias más notorias entre un Estado de capitalismo avanzado y aquellas con un incipiente capitalismo no está dada exclusivamente por la instauración de reglas claras, una competitividad regulada y un Estado comprometido en el resguardo de la población, sino que, fundamentalmente, difieren en el mejoramiento del estándar y calidad de vida de sus habitantes.

No es nuestra pretensión agotar la problemática del derecho del consumo, ni tampoco la exégesis del Anteproyecto de ley, solo intentamos sumar nuestro análisis desde una óptica diferente y complementaria, con la finalidad de lograr integrar el derecho de las empresas como elemento imprescindible del desarrollo y el derecho de los consumidores y usuarios a una calidad y seguridad económica y extraeconómica en las relaciones de consumo. Teniendo en miras el objetivo delineado por la Constitución Nacional de propender al bienestar general, para que todos, sin excepciones, participemos de los bienes materiales y espirituales de la civilización.

# De la legislación aeronáutica al proyecto de ley de defensa del consumidor (y viceversa)

---

GRISELDA D. CAPALDO (\*)

## I. Introducción

Con el propósito de recoger en un texto uniforme la evolución legal, jurisprudencial y doctrinaria que el derecho del consumidor experimentó en los últimos 25 años, una Comisión Redactora ha elevado a consideración del Poder Ejecutivo nacional un anteproyecto de ley que acoge, entre otras, las novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación, el impacto de las nuevas tecnologías sobre las relaciones de consumo y la normativa internacional tanto de *hard law* como de *soft law*.

Puesto que el anteproyecto, al igual que la legislación específica vigente, contiene una referencia especial al transporte aéreo, se nos ha encomendado escribir un capítulo que aborde la convivencia entre dos regímenes cuya nota singular es que ambos están atravesados por normas de orden público. La diferencia más notable entre uno y otro estriba en que la legislación aeronáutica no solo está bañada por el orden público local sino también por el interna-

cional; la sumatoria de ambos, junto con la cláusula constitucional que jerarquiza a los tratados internacionales por encima del orden interno, le aporta al derecho aeronáutico una singularidad de la que carece el derecho del consumidor.

Brasil, cuya legislación ha sido tomada muy cuenta por los redactores del anteproyecto, es un ejemplo interesante de cómo la jurisprudencia y la doctrina han ido deslizándose de la aplicación del *imperium* local hacia el respeto por el *imperium* internacional. Por esa razón, en el presente capítulo destinamos un apartado especial a las referencias jurisprudenciales y doctrinarias brasileñas, pues son un interesante catálogo de “lecciones aprendidas” a lo largo de los últimos 25 años.

Para el análisis de ambos plexos jurídicos, el aeronáutico y el relativo al consumidor, emplearemos el método analógico, junto a las reglas hermenéuticas de interpretación jurídica, así como los principios generales del derecho y las pautas que rigen la aplicación del derecho internacional público. Va de suyo que un repaso de los pronunciamientos jurisprudenciales argentinos es insoslayable, así como la opinión de la doctrina vernácula.

## II. Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Notas características

El anteproyecto consta de 186 artículos divididos en seis títulos. La normativa se autodefine como especial (art. 149, último párrafo) y de orden público (art. 5.2). Ambas definiciones generan un interesante contrapunto con el Có-

---

(\*) Profesora Titular de cátedra de Derecho de la Navegación, Facultad de Derecho - UBA. Investigadora Principal del CONICET. Profesora Titular de “Derecho y legislación ambientales” en la Maestría en Ciencias Ambientales, Facultad de Ciencias Exactas y Naturales - UBA (1999-2016). Ex profesora de Derecho Internacional Público - UBA. Directora de equipos de investigación - UBA. Post-doctoral Fellow de la Alexander von Humboldt Stiftung (Universität zu Köln). Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial (organismo consultivo de Naciones Unidas y miembro observador del COPUOS).

digo Aeronáutico (de ahora en adelante: CA), sus normas reglamentarias y los tratados internacionales que rigen esta materia, que también son especiales y de orden público.

Dedica un solo párrafo al transporte aéreo (el último del art. 4º), pero el hecho de que aluda a la aplicación concurrente de las normas aeronáuticas con las del consumidor, en lugar de consagrar la aplicación subsidiaria de estas últimas, nos obliga a hacer un análisis crítico integral del anteproyecto.

Hay por los menos sesenta artículos que tendrían aplicación directa o indirecta al transporte aéreo. El objeto de nuestro análisis será discernir cuáles de ellos afectan a la autonomía, especialidad y orden público aeronáutico y cuáles no.

El proyecto consta de una parte general que, al decir de sus autores, debe articularse en clave multidisciplinaria con las relaciones particulares de consumo (1), aun de aquellas que se mantienen en leyes especiales (ver octavo párrafo de los “Fundamentos del anteproyecto”). Entendemos que esta perspectiva viola una regla básica de la ciencia y la hermenéutica jurídicas. Nos referimos a la que dimana del brocardo *In toto jure genere per speciem derogatur*. Es un paradigma destilado de la sabiduría filosófica griega, enunciado por el propio Aristóteles (2) casi cuatro siglos antes de Cristo y recogido luego por el derecho romano. La ley de defensa del consumidor, al proteger a estos *en todas las relaciones de consumo*, es en sí misma una ley general de consumo que busca construir una teoría general, un sistema de protección al consumidor que ingrese a sus ejes transversales con el fin de que el operador del derecho cuente “en el campo de las relaciones de consumo con un número amplio de normas abiertas a las podrá recurrir frente a situaciones no regladas” (*vide*

(1) El vocablo “multidisciplina” está mal empleado. En sentido estricto, lo que aporta el anteproyecto es una mirada intradisciplinaria, es decir, un diálogo entre diferentes ramas de la misma ciencia jurídica. Lo interdisciplinario o multidisciplinario supone un diálogo entre diferentes ramas del saber humano, saliendo del espacio de comodidad del derecho. Este enfoque, interdisciplinario, está ausente en el proyecto.

(2) WARRAT, Luis A., *La definición: tipos, técnicas y reglas*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, Buenos Aires, 1975, p. 17.

“Fundamentos del proyecto”, punto I.4). El CA y sus normas reglamentarias, así como los Tratados que regulan esta materia y de los cuales la Argentina es parte, son especiales respecto de la perspectiva general del consumo. Ergo, mal podría primar esta futura ley general del consumidor sobre las normas especiales aeronáuticas, tanto locales como internacionales.

Ateniéndonos a los “Fundamentos del anteproyecto”, su norte es la búsqueda constante de la eficacia. En tanto la autora de este capítulo es también consumidora de múltiples productos y servicios en los cuales ha padecido la vulnerabilidad de ser la parte débil del contrato, celebra que por fin alguien se preocupe y ocupe genuinamente de la parte más débil del eslabón legal: la eficacia de las normas. Sin embargo, como se verá en distintos párrafos de este capítulo, esta sincera intención no siempre podrá lograrse respecto del transporte aéreo si durante el debate parlamentario no se subsanan ciertas inconsistencias entre la legislación del consumo y la aeronáutica (e incluso la marítima, aunque se hayan olvidado de ella); inconsistencias en las que yace el germen de la ineficacia de esta futura ley respecto del pasajero y de la carga aéreas.

El proyecto parte de un quinteto de definiciones clave: la de relación de consumo, la de consumidor, la de proveedor, la de producto y la de servicio. Sus dos pilares esenciales son la información y la seguridad. Su objetivo es fortalecer las funciones preventiva y reparatoria. Ambos objetivos se alcanzarían, al decir de sus relatores, a través de la condición de norma de orden público que se atribuye a la futura ley.

Los principios que la sostienen provienen del derecho del consumidor, de los derechos humanos y del derecho ambiental. De esta amalgama intradisciplinaria surgen los principios de acceso al consumo, de transparencia de los mercados, de consumo sustentable, de respeto de la dignidad de la persona humana, de anti-discriminación, de progresividad y no regresión y de precaución.

Respecto al deber de informar, el anteproyecto consagra el factor de atribución objetivo en caso de responsabilidad del proveedor (léase “transportador aéreo” para las relaciones jurídicas aerocomerciales) y el hecho de un tercero, in-

cluso el del propio consumidor, como factores de exoneración. El anteproyecto también indica cuáles son los efectos derivados del incumplimiento del deber de informar, sin perjuicio de los que pudieren surgir de la aplicación de otras leyes generales o especiales en función de la situación que se presente en cada una de las etapas de la relación de consumo (*vide* “Fundamentos del proyecto”, punto I.4, *in fine*), con lo que se establece un sistema acumulativo de efectos que puede poner en jaque la eficacia de la norma, ya que esas otras leyes generales o especiales pueden prever que los efectos derivados del incumplimiento sean sancionados por órganos distintos con jurisdicciones también distintas, creándose así un posible enjambre burocrático y de superposición de competencias administrativas que flaco favor le harán a la eficacia de este proyecto de LDC.

Damos la bienvenida al modo en que se ha reforzado al deber de garantizar la seguridad de los bienes y servicios. Los parámetros de seguridad que rigen en materia aeronáutica son superlativos si los comparamos con otros servicios; añadimos que una abrumadora mayoría de los mismos se cincelan primero en el orden internacional en una de las agencias especializadas de Naciones Unidas: la Organización de Aviación Civil Internacional —OACI—, en donde son debatidos intensamente por los representantes de los 193 Estados miembro del organismo antes de que ellos pasen al orden doméstico.

También es bienvenida la profundización de la protección del consumidor en situación de hipervulnerabilidad y frente a prácticas abusivas del proveedor.

La protección contractual del consumidor (título II) se articula en diez capítulos (arts. 35 a 96) mediante diversas soluciones jurídicas que abarcan un amplio arco de situaciones.

Las muy loables normas relativas a los créditos al consumo y a la protección de los consumidores por sobreendeudamiento son ajenas al quehacer característico del transporte aéreo, por lo que no ahondaremos en ellas. Lo mismo sucede con las pautas establecidas sobre los usuarios de servicios públicos domiciliarios.

Los daños al consumidor son tratados en los cuatro capítulos que componen el título IV (arts. 107 a 118). Para evitar desarmonías con el Código Civil y Comercial de la Nación (de ahora en más, Cód. Civ. y Com.), el anteproyecto remite expresa o tácitamente a esta legislación de fondo (v.gr., arts. 1710 a 1713, 1757 y 1758, etc.).

El proyecto se detiene, en cambio, en regular un daño más específico: el causado por productos o por servicios defectuosos. Se los define y se hace responsables de manera concurrente a todos los miembros de la cadena de producción y comercialización, sean o no dueños o guardianes del producto o servicio defectuoso. Esta responsabilidad es objetiva, en línea con lo dispuesto en el art. 1722 del Cód. Civ. y Com. Para interponer la acción concibe una legitimación pasiva amplia que incluye a los consumidores y a quienes no lo son, tales como los “terceros expuestos”. Trae algunas especificaciones sobre el régimen de la prueba, que complementan las establecidas en los arts. 1734, 1736 y 1744 del Cód. Civ. y Com. Respecto a la legitimación pasiva introduce la novedad de consagrar la responsabilidad concurrente. Las eximentes de responsabilidad son las clásicas, como el hecho de un tercero o causa ajena, el caso fortuito (conf. art. 1733, incs. c], d] y e], del Cód. Civ. y Com.) y la culpa de la víctima (que el proyecto considera de interpretación restrictiva, o sea, solo procede en caso de culpa grave o dolo del consumidor). Queda expresamente excluida la invocación del riesgo del desarrollo como eximente de responsabilidad. Dado que la responsabilidad es concurrente, el “hecho del resto de los miembros de la cadena de producción y comercialización” no puede considerarse “ajeno” salvo alguna excepción explícita.

Lo que el art. 52 bis de la LDC vigente denomina “daño punitivo”, en este proyecto pasa a llamarse “sanción punitiva por grave menoscabo a los derechos del consumidor”. Su finalidad es castigar al proveedor que obra con notoria despreocupación hacia los intereses de los consumidores, por lo que el Ministerio Público es uno de los legitimados para interponerla. El destino del monto de la sanción lo decide el juez de la causa, pudiendo ser beneficiarios total o parcialmente el consumidor, asociaciones sin fines de lucro, fondos específicos, etcétera.

El anteproyecto prevé plazos trienales de prescripción combinados con uno de caducidad (art. 116), así como la creación de una autoridad especial de aplicación, la Agencia Nacional del Consumidor. Mantiene la existencia del Consejo Federal del Consumo, aunque refuerza su protagonismo (título V, artículos 119 a 184). Dentro de este título, del capítulo IV en adelante se diseña todo un andamiaje procesal cuyo propósito es unificar las etapas procedimentales en todo el país.

Para la resolución de los conflictos, el título V mantiene la instancia conciliatoria, así como el recurso de apelación para la impugnación de las sanciones impuestas en sede administrativa.

Se mejora ostensiblemente la posición del consumidor al reformularse el instituto del “daño directo” en sede administrativa (arts. 146 a 154), respecto del cual no se fija un tope cuantitativo. Ese daño directo es el emergente, derivado de la lesión de bienes e intereses objeto de la relación de consumo. Por ende, si se apetece reclamar por el resto de los daños resarcibles, el consumidor debe recurrir a la vía judicial.

El art. 164 consagra una regla general en materia de competencia: para todos los litigios judiciales de consumo será la del juez del domicilio real del consumidor. Se establece un mecanismo para concentrar el litigio en una sola causa y se permite la aplicación subsidiaria del Cód. Proc. Civ. y Com. local, a menos que la situación procesal esté prevista en esta futura LDC.

### III. El anteproyecto de ley y la autonomía y orden público del derecho aeronáutico. Notas características internas e internacionales

El derecho aeronáutico tiene como notas características la autonomía (científica, legislativa, jurisdiccional y didáctica), la internacionalidad, la integralidad, el reglamentarismo, el dinamismo y la politicidad. Todas ellas están asociadas al peculiar hecho técnico que la atraviesa (3). La integralidad significa que

en él convergen en simultáneo normas de derecho público, de derecho privado, del orden interno y del orden internacional. Esta cuádruple convergencia estuvo presente desde los inicios mismos de la aviación, a comienzos del siglo XX, con la peculiaridad de que las normas internacionales (por ejemplo, Tratado de París de 1919 y de Varsovia de 1929) precedieron a las domésticas, las cuales recogieron en el orden local lo que ya había sido acordado por los Estados en el orden internacional. Pocas ramas de la ciencia jurídica ostentan esta centenaria singularidad.

La internacionalidad de la materia fue reconocida por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba en autos “A. C. c. Aerolíneas Argentinas s/daños y perjuicios” (sala A, 4/8/2014) al sostener que “siendo ‘la internacionalidad’ uno de los caracteres que rige esta disciplina, se ha fomentado la celebración de acuerdos internacionales necesarios para evitar conflictos de leyes y de jurisdicciones, de los que deriva una tendencia a la uniformidad, que se refleja en la admisión e incorporación a las legislaciones internas de los principios consensuados por la comunidades internacionales”.

A su vez, se la reconoce como rama autónoma desde 1944, cuando nuestro país ni siquiera contaba con un Código Aeronáutico. El precedente es el caso “Pascual Hnos. c. Air France” (Cámara Comercial, 16/5/1944), en el cual el camarista Eduardo Williams —citando a Ambrosini— sostuvo que el derecho aeronáutico no deja de tener su fisonomía propia

---

*referencia a las legislaciones de los principales Estados de Europa y América*), Depalma, Buenos Aires, 1950, p.10; VIDELA ESCALADA, Federico, *El Derecho Aeronáutico, rama autónoma de las ciencias jurídicas*. Buenos Aires, 1948, p. 47; RODRÍGUEZ JURADO, Agustín, *Teoría y práctica del Derecho Aeronáutico*, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 25; también la apoyan: Héctor Perucchi, Oscar Fernández Brital, Eduardo Cosentino, María de las Mercedes Esquivel, Mario Folchi, Antonio Brunetti, por solo citar algunos. También la defiende el especialista en derecho espacial Aldo Armando COCCA (ver su trabajo: *La autonomía del Derecho Aeronáutico frente al Derecho Interplanetario*, presentado a las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico, Buenos Aires, 14 al 18 de noviembre de 1960, Depalma, Buenos Aires, 1962, ps. 416-421) y por el maritimista Eduardo Basualdo MOINE (ver su trabajo: “El nuevo Código Aeronáutico”, LL. 127-1232 (1967).

---

(3) Sostienen la autonomía de esta disciplina, basada en la singularidad de su hecho técnico, los siguientes autores: AMBROSINI, Antonio, *Per un sistema del diritto aeronáutico*, 1932, nros 8 y ss. (citado por GAY DE MONTPELLÁ en su obra *Principios de Derecho Aeronáutico (con*



como una rama del derecho privado. En 1962, Carlos Malagarriga junto a Ángel Casares y a Héctor Fernández Marelli, en autos “Gorín Alberto y otro c. Dumon Edgard”, sostuvieron que “La autonomía de una rama determinada del derecho, obliga, en efecto, a interpretar sus instituciones particulares teniendo en cuenta, primordialmente, dicha autonomía, ya que ésta se caracteriza por la existencia de un conjunto armónico de normas, establecidas partiendo de la base de principios generales que abrazan el conjunto de las referidas instituciones y dan lugar a la vigencia de un cuerpo orgánico de leyes”. Casi 20 años después, en el *leading case* “Pluna c. Gobierno Nacional” (CNFed. Civ. y Com., sala III, 27/8/1981), el camarista preopinante Agustín Rodríguez Jurado señaló que “la propia autonomía científica y legislativa del derecho aeronáutico, obligan al análisis previo de la legislación específica y obviamente de los principios que la inspiran”.

Decíamos en el punto II que al menos unos sesenta artículos del proyecto de ley de defensa del consumidor (de ahora en adelante, PLDC) tendrían aplicación directa o indirecta al transporte aéreo. Veamos cuáles son los principales, pues hacer un análisis exhaustivo y minucioso de todos excede con creces el espacio concedido para este capítulo.

**III.1.** El artículo 4º define al proveedor como “la persona humana o jurídica, de naturaleza pública o privada, que actúa de modo profesional, aun ocasionalmente, desarrollando actividades de... prestación de servicios... comercialización o transporte, destinadas a consumidores o usuarios”. El *definiens* incluye a los que actúan ocasionalmente como tales. Llevado al plano aerocomercial, quedarían bajo la esfera de aplicación de esta futura norma no solo los prestadores de transporte aéreo regular sino también los no regulares (vuelos *chárter* y taxis aéreos). Quedarían fuera del *definiens* los servicios de trabajo aéreo, pero no por voluntad de los autores del proyecto sino por voluntad del Código Aeronáutico vigente, cuyo art. 91 engloba dentro del concepto de “aeronáutica comercial” tanto a los servicios de transporte aéreo como a los de trabajo aéreo. Puesto que el último párrafo art. 4º del PLDC alude únicamente al transporte aéreo y no a la aeronáutica comercial, está de-

jando fuera de su futuro ámbito de aplicación a los servicios de trabajo aéreo.

El texto del último párrafo del citado artículo reza así: “Al transporte aéreo se aplica el Código Aeronáutico, los Tratados Internacionales de los que la Argentina sea parte, y esta ley, de modo concurrente y de acuerdo a su materia, criterio que se proyecta a la competencia de las autoridades de aplicación”. Este párrafo debe ser leído junto con los artículos 28 (relativo al “Diálogo de las fuentes”)(4), el 36 (sobre “Integración normativa”)(5) y el 49 (acerca de la “Interpretación e integración del contrato de consumo”)(6).

Si bien el último párrafo del art. 4º, así como los arts. 28, 36 y 49, no hacen mención expresa a las normas reglamentarias, va de suyo que ellas están comprendidas pues de lo contrario se vulneraría la garantía constitucional referida a que los derechos se ejercen según las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14).

(4) Art. 28: “Diálogo de las fuentes. Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los tratados internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen”.

(5) Art. 36. “Integración normativa. Las normas de este Título [se refiere al Título II sobre ‘Protección contractual del consumidor’] se integran y armonizan con las reglas y principios del Código Civil y Comercial, como así también con las leyes especiales que alcanzan a los contratos de consumo conforme el principio fundamental de protección del consumidor. En caso de conflicto de normas, se aplicará la que resulte más favorable para el consumidor”.

(6) Art. 49. “Interpretación e integración del contrato de consumo. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. Para la integración del contrato en caso de nulidad de cláusulas abusivas, se estará a lo dispuesto en el artículo 1222 inciso c) del Código Civil y Comercial”.

El último párrafo del art. 4º, al utilizar el adjetivo “concurrente” está colocando en un mismo nivel jerárquico a las tres fuentes que allí se mencionan, en lugar de asignarle al PLDC un rol subsidiario. La frase subordinada “y de acuerdo a su materia” no coopera en despejar dudas, sino que más bien debilita la eficacia de la norma.

Si leemos en conjunto los arts. 28, 36, 49 y 4º, *in fine*, vemos que, a diferencia del Cód. Civ. y Com., no habría en este anteproyecto un respeto por los microsistemas jurídicos (o leyes especiales, como hubiéramos preferido que se diga). En efecto, el CA es una de las leyes especiales a las que el Cód. Civ. y Com. remite. Lo hace expresamente, tácitamente o por vía de exclusión. Así, excluye expresamente de su aplicación a los agentes aeronáuticos (art. 1501) y remite expresamente a la legislación aeronáutica en materia de privilegios (art. 2582, inc. f)], en tanto que el envío a la norma especial es tácito en materia de transporte (art. 1281) y de responsabilidad civil (art. 1709)(7). También el Cód. Civ. y Com. establece prelación normativa, en una docena de artículos, para discernir cuándo la ley especial prevalece sobre la general. A los efectos del tema aquí tratado, de esa docena solo nos interesan seis artículos: el 1º, el 2º, el 963, el 964, el 1093 y el 1709, porque cada uno de ellos apunta a resolver los casos de concurrencia entre las disposiciones del Cód. Civ. y Com. y las de las leyes especiales. Con distinta calidad semántica y disímil uniformidad gramatical, todos consagran la preeminencia de las normas especiales (léase CA y todas sus normas reglamentarias, así como los tratados internacionales que rigen la materia) por sobre las del Cód. Civ. y Com. u otras leyes generales.

Ya nos hemos ocupado en otro trabajo del aparente conflicto entre los arts. 963 y 1079 del

Cód. Civ. y Com.(8). Decíamos entonces que aunque el 963 aluda a *las normas indisponibles de la ley especial y de este Código*, y el 1709 a *las normas indisponibles de este Código y de la ley especial*, esa inversión en el orden en que el legislador menciona al Código y a las leyes indisponibles especiales en uno y otro artículo, no altera los milenarios principios generales del derecho que dicen que *lex specialis generalis derogat* y que *in toto jure genere per speciem derogatur*, con mayor razón si la tensión se genera entre las normas de orden público especiales y las generales. Subyace aquí una gruesa falla de técnica legislativa pues no se respeta el principio de concordancia interna, o más grave aún, desde la letra misma del Cód. Civ. y Com. se alientan interpretaciones jurídicas incompatibles(9).

Por estas razones, cuando en los “Fundamentos” del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com., respecto de las relaciones de consumo se sostiene que sus “mínimos de tutela” no pueden ser derogados por ninguna ley especial sin afectar el sistema establecido por el Cód. Civ. y Com., es indudable que tanto la Comisión Relatora como quienes colaboraron en la redacción del texto final del Código, solo tuvieron en mente la situación más sencilla de resolver, es decir, aquella en la que una norma especial regula de manera pura y simple algún instituto que afecta el sistema consagrado en el Cód. Civ. y Com. para los contratos de consumo. Pero nos queda claro que los codificadores nunca se plantearon la hipótesis de que la ley especial estuviese edificada sobre normas de orden público que entren en conflicto con las normas indisponibles del nuevo Código. Demostraremos esto con ejemplos concretos. Sostenemos, además, que el art. 963 tiene un rango mayor al del 1709, ya que el codificador inscribió al 963 entre las “Disposiciones generales” del título II que resultan aplicables a todos los contratos que rigen a los “Derechos personales” reglados dentro del Libro Tercero. En la metodología del nuevo Código significa que la regla del artículo 963 ilu-

(7) CAPALDO, Griselda D., “La autonomía legislativa del contrato de transporte aéreo y el orden de prelación normativa del Código Civil y Comercial de 2014 (con especial referencia al contrato de transporte aéreo de pasajeros celebrados por medios electrónicos)”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, nro. 19, julio-diciembre 2017, ps. 138-185. Disponible online (consulta: 12/12/2017) <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/337>.

(8) CAPALDO, Griselda D., “El Código Aeronáutico en diálogo con el Código Civil y Comercial. Autonomía, analogía y subsidiariedad”, en LL 2018-D-1-5.

(9) PÉREZ CARRILLO, Agustín, “Hermenéutica e interpretación jurídica”, en *Revista Alegatos*, UANM, nro. 43, septiembre-diciembre 1999, p. 633.

mina a todo el Libro Tercero, mientras que el 1709 sería aplicable únicamente al capítulo de la “Responsabilidad civil” con que comienza el título V relativo a “Otras fuentes de las obligaciones” con el que culmina el Libro Tercero.

**III.2.** El art. 5.2 del PLDC consagra el “Principio de orden público de protección” prescribiendo que “El sistema de protección del consumidor es de orden público. No es válida la renuncia anticipada de los derechos del consumidor, cualquiera sea su modalidad”. Tanto el CA como los tratados que rigen la materia y de los cuales la Argentina es Estado parte, contienen muchas normas de orden público. Estas, por emanar de leyes especiales, tienen preeminencia y derogan a las que se le oponen, sean generales, especiales o posteriores.

Veamos algunas de esas normas. Respecto al transporte aéreo internacional, el Convenio de Varsovia de 1929 y su Protocolo de La Haya de 1955, así como el Convenio de Montreal de 1999 (todos en vigor y ratificados por la Argentina) (10), conceden al transportador aéreo el derecho de limitar cuantitativamente su responsabilidad por los daños causados al pasajero, al equipaje y a la carga transportada, y avalan esa limitación cuantitativa consagrando un sistema de responsabilidad sustentado en un “orden público mínimo” que ha mostrado su eficacia universal a lo largo de casi 90 años. En el mismo sentido legisla el CA argentino (arts. 144 y 145). Este derecho concedido al transportador es balanceado por el art. 23 del Convenio de Varsovia-La Haya, que impone que “Toda cláusula que tienda a eximir al transportador de su responsabilidad o a fijar para ésta un límite menor al fijado en la presente Convención será nula y no producirá efecto alguno; pero la nulidad de tal cláusula no entrañará la nulidad del contrato, que quedará sometido a dicha Convención” (ídem, art. 146 del CA). La imperatividad de este precepto está reforzada por otros artículos del mismo cuerpo legal internacional,

cuya jerarquía es superior a las leyes de la República según la Constitución Nacional que nos rige desde 1994. Esos otros artículos de orden público son: el 24.1, el 24.2, el 27, así como el último párrafo del 22.1 y del 22.2.

Respecto de los daños causados al equipaje y a la carga, el art. 24.1 estatuye que “no podrá ser ejercitada a ningún título acción alguna de responsabilidad más que en las condiciones y límites establecidos por la presente Convención”. La *ratio* de esta norma es evitar que los deudos desarmonicen el delicado equilibrio de derechos diseñado por el Convenio mediante acciones ejercidas de *iure proprio* en lugar de hacerlo de *iure hereditatis*. Es decir, cualquiera que sea el tipo de acción que interpongan, por derecho propio o como herederos, contractuales o extracontractuales, las normas imperativas del Convenio son de aplicación inexorable. Para los daños a los pasajeros, el art. 24.2 explica que “se aplicarán también los preceptos del párrafo precedente, sin perjuicio de la determinación de las personas a quienes correspondan las acciones y de sus derechohabientes”. El art. 22.1 es una regla de equidad, pues admite que “mediante pacto especial con el transportador, el viajero podrá fijar un límite de responsabilidad más elevado” (ídem, art. 46, 2º párr., CA). Lo mismo prescribe el 22.2 para el equipaje y para la carga. Por fin, el art. 27 impone que “En caso de defunción del deudor [es decir, del transportista], la acción de responsabilidad, en los límites previstos en la presente Convención, se ejercitará contra sus derechohabientes”.

Dejamos sentado que la constitucionalidad del límite cuantitativo de responsabilidad consagrado en el CA fue analizada y admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tres oportunidades: a) 1961 en el caso “Nealón, Hugo y Celia c. Aerolíneas Argentinas” (CSJN, 9/8/1961, Fallos 250: 410); b) en 1998 en autos “Corzo, Malvina A. Tello Vda. de y otros c. Misiones Pcia. de; Santos, Waldemar H.; Benítez, Darío V. y/o quien resulte responsable s/daños y perjuicios” (CSJN, C 308 XXIV 24/11/1998, Fallos 321:3224), y c) en 2006 en el caso “Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otro c. Entre Ríos, Provincia de y otros s/daños y perjuicios” (CS, F. 286. XXXIII. ORI. 24/08/2006, Fallos 329:3403). También la Cámara Civil y Comercial Federal se pronunció a favor de su

(10) Convenio de Varsovia de 1919: para nuestro país entró en vigor el 19/6/1952. Fue adoptado por ley 14.111 (BO 29/10/1951). Protocolo de La Haya de 1955: entró en vigor para el país el 10/9/1969. Fue adoptado por ley 17.386 (BO 16/8/1967). Convenio de Montreal de 1999: para la Argentina entró en vigor el 14/2/2010. Fue adoptado por ley 14.111 (BO 13/1/2009).

constitucionalidad en los años 1992, 1998 y 2014 en autos “Emmert de Esteban, Clara y otra c. Astro SA s/daños y perjuicios” (CNFed. Civ. y Com., sala III, 8/7/1992. Id SAIJ: FA92030306), en “Romero Cruz, Félix c. Estado Mayor de la FAA y otros s/daños y perjuicios” (CNFed. Civ. y Com., sala I, 3/3/1998), y en “A. C. c. Aerolíneas Argentinas” (CFed. Córdoba, sala A, 4/8/2014), respectivamente.

El Protocolo de La Haya de 1955 duplica los montos y extiende a los dependientes el derecho a ampararse en los mismos límites indemnizatorios si prueban que actuaban en el ejercicio de sus funciones, con la aclaración legal de que “El total de la indemnización obtenible del transportista y de sus dependientes, en este caso, no excederá de dichos límites” (art. 25.A.2). Otro precepto de orden público.

Tanto Varsovia como La Haya le hacen perder al transportador el derecho a limitar cuantitativamente la responsabilidad si se demuestra su dolo o su temeridad (art. 25.1 y XIII, respectivamente, y art. 147 del CA). A la inversa, “Cuando el transportador pruebe que la persona lesionada produjo el daño o contribuyó a él, el Tribunal... podrá descartar o atenuar la responsabilidad del transportador” (art. 21, Varsovia-La Haya, y art. 143 del CA).

Varsovia y La Haya habilitan cuatro foros competentes (art. 28). Montreal de 1999 añade una quinta competencia para el caso de daños al pasajero. Este *forum shopping*, tan característico del transporte aéreo, es norma de orden público y tiene por objeto favorecer al pasajero, al cargador y al consignatario, pues les da libertad para escoger cuál de todos ellos les resulta más conveniente. Ergo, el foro único prescripto en el PLDC es inaplicable.

Menos admisible aún es la aplicación subsidiaria del CPCC local (art. 164 del PLDC), pues en materia aeronáutica (y marítima) la competencia federal es norma de orden público y tiene raigambre constitucional (art. 198, CA) (11). Hay

otra razón de peso, y es la que hace a la interpretación y aplicación uniforme de las normas aeronáuticas en todo el país. Sustituir el fuero de excepción por el local, como daría lugar el art. 164 del PLDC, sumado a la interpretación que puedan hacer los jueces de la justicia ordinaria sobre la concurrencia de fuentes normativas que habilitaría el art. 4º, tendría consecuencias nefastas para la uniformidad de criterios que supone interpretar una ley especial como la aeronáutica, a la sazón Código de fondo, por parte de cada una de las jurisdicciones provinciales. Ningún país federal del mundo deja los temas aeronáuticos, ni los marítimos, en manos de la justicia ordinaria.

Lo dicho en los seis párrafos precedentes tiene su correlato en el Convenio de Montreal de 1999. Las principales diferencias entre este Tratado y los convenios y cinco protocolos que integran el Sistema Varsovia estriban en que: a) las indemnizaciones ya no se calculan en Francos Poincaré sino en Derechos Espaciales de Giro; b) la reparación al pasajero es integral (salvo que él opte por un pago de hasta 113.100 DEGs), y c) están totalmente prohibidas las indemnizaciones punitivas, ejemplares o de cualquier otra naturaleza que no sean compensatorias (art. 29, *in fine*).

Está claro que todas las disposiciones citadas en los párrafos precedentes entran en tensión con el PLDC, por ejemplo, con el art. 47.5 y el 47.7. Bajo el copete general “Control de contenido”, ambos numerales disponen que “Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que:... 5. Limiten la responsabilidad por daños... 7. Sometan al consumidor a un tribunal distinto del que corresponda a su domicilio real o legal”. Para la autora de este capítulo está fuera de discusión que las normas aeronáuticas, tanto las vernáculas como las internacionales, prevalecen y derogan a las del consumidor atendiendo al orden público, a la especialidad y a la autonomía científica de aquellas.

Entra también en conflicto con el derecho aeronáutico el art. 47.4, que tiene por no conve-

(11) Véase el *Informe sobre política aérea en materia de jurisdicción nacional y provincial*, editado por la Asociación Aeronáutica Argentina, Buenos Aires, 1965, ps. 8-9; CAPALDO, Griselda, “La Constitución y el Derecho Aéreo. Apuntes propedéuticos sobre la cláusula

aeronáutica en la Constitución argentina”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVII, nro. 267, enero-abril 2017, ps. 57-94.

nidas las cláusulas que “Vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del proveedor”. Hay ciertos aspectos que hacen a la seguridad operacional del vuelo (por ejemplo, condiciones meteorológicas muy adversas, como fuertes corrientes convectivas a nivel de los *cumulus nimbus*, o erupciones volcánicas con peligrosa dispersión de cenizas, o problemas técnicos de la aeronave imprevisibles aun cumpliendo con las estrictas condiciones de mantenimiento aprobadas por la autoridad de aplicación cuando certifica a la aeronave extendiéndole el certificado de aeronavegabilidad, o de tipo o de mantenimiento, etc.) que habilitan al transportador a cancelar o demorar los vuelos. Es imposible hacer un catálogo de todas las situaciones adversas porque la casuística es amplísima (12), pero el transportador puede decidirlo si considera que hacer el vuelo pone en peligro a las personas y cosas que van en la aeronave, ya que el paradigma de la seguridad operacional de la aviación como hecho técnico está por encima de cualquier interés individual o de clase (ver anexo 19 relativo a la “Gestión de la Seguridad Operacional” del Convenio de Chicago de 1944 sobre Aviación Civil Internacional). Con estas palabras no estamos avalando de ningún modo las decisiones arbitrarias que pueda tomar el transportador ni mucho menos el *overbooking* o el *oversale*, pero el sentido común indica que siendo la aviación la *única actividad humana que se desarrolla en la tercera dimensión*, no podemos aplicarle los mismos criterios que se usan para las actividades que el hombre desarrolla en la segunda dimensión (que son el 99,99% de las que realiza en su vida). Para pensar, legislar y aplicar el derecho aeronáutico, o el marítimo, hay que tener una amplia formación interdisciplinaria, no solo jurídica, sino también en ingeniería y en física.

Tenemos también los arts. 107 a 118 del PLDC, que se aplicarían de modo concurrente con la legislación aeronáutica (conf. art. 4º, *in fine*). Respecto del art. 107 y las acciones preventivas, haremos un comentario en el punto III.3.

Según el art. 108, toda esa sección (se refiere al capítulo 2 del título IV sobre “Daños al consu-

(12) Por eso, el art. 12 de la resolución 1532/1998, modificada en 2017, lo permite bajo ciertas circunstancias descriptas genéricamente

midor. Prevención del daño, responsabilidad y sanción punitiva”) “rige la responsabilidad por los daños causados por un producto o servicio defectuoso como consecuencia de la lesión de personas o de daños a bienes distintos del producto o servicio en sí mismo”. Al “servicio” se lo define como “cualquier actividad suministrada por un proveedor, cualquiera sea su objeto” (art. 109). Con un *definiens* tan amplio, la norma incluiría también al transporte aéreo regular y no regular. El art. 111 define al servicio defectuoso (eje de la responsabilidad diseñada en esta sección) como aquel que “no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y en especial, el modo de proveerlo, los riesgos previsibles de su realización, el tiempo en que fue suministrado, y la información proporcionada acerca de sus características y los riesgos que representaba. El servicio no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente se hayan adoptado nuevas técnicas más inocuas para prestar esa clase de servicios”. A la luz del último párrafo del art. 4º del PLDC, para el rubro aerocomercial la “actividad suministrada por un proveedor” sería el transporte —por aeronave y por vía aérea— de personas y cosas de un aeródromo a otro. Decir “por aeronave y por vía aérea” no es redundante ya que un funicular, un teleférico o una aerossilla transportan personas y cosas por vía aérea, pero a esa actividad no se le aplica la legislación aeronáutica porque ni unos ni otros son aeronaves. Para que el art. 111 le sea aplicable, el servicio no debiera ofrecer la seguridad que cabría legítimamente esperar. Los estándares de seguridad en el medio aeronáutico son altísimos (13). Prueba de ello es que desde hace décadas es el medio de transporte más seguro del planeta, que el año pasado transportó unos 4000 millones de pasajeros y todos esos vuelos recorrieron durante el

(13) El art. 43 del Convenio de Chicago de 1944 le impone a la OACI el objetivo de lograr el desarrollo seguro y ordenado de la aviación civil internacional, la satisfacción de los pueblos del mundo respecto a un transporte aéreo seguro, regular, eficaz y económico y promover la seguridad de vuelo en la navegación aérea internacional. Estas obligaciones generales conciernen a los Estados miembro de la OACI (193, incluida la Argentina) y generaron una serie de anexos al Convenio entre los que destacamos el 9, el 13 y el 19, por su proximidad con los intereses de los pasajeros, cargadores y destinatarios de la carga.

año una cantidad de kilómetros equivalentes a cuarenta y cinco veces la distancia que media entre la Tierra y el Sol. Los accidentes e incidentes graves de aviación son obligatoriamente investigados desde el punto de vista técnico para determinar sus causas con el fin de evitar que nuevos accidentes e incidentes ocurran por las mismas razones. Toda investigación técnica de los accidentes de aviación —instituto típico del derecho aeronáutico— tiene un fin preventivo (14). Es la dramática pedagogía que deja el análisis del siniestro.

Los art. 112 y 114 del PLDC señalan a los legitimados activos y pasivos. Como vimos en párrafos precedentes, hay artículos concretos de los convenios aeronáuticos internacionales que limitan la legitimación activa y pasiva a actores precisos. Limitan también a ciertos rubros los bienes indemnizables (muerte, lesión corporal, retraso, destrucción, pérdida y avería) y limitan cuantitativamente el monto a reclamar, salvo para las lesiones a los pasajeros y solo si el pasajero no prefiere la indemnización tasada de DEGs 113.100 (15) (esto es así desde la entrada en vigor del Convenio de Montreal de 1999). Determinan taxativamente en qué circunstancias el transportador pierde ese derecho a limitar su responsabilidad hasta cierta suma de dinero y en qué otras la víctima pierde total o parcialmente el derecho a reclamar. Disponen también que esos límites o topes máximos se

conserven si los deudos intentan acciones de *iure proprio* o extracontractuales. Todos estos son preceptos de orden público, especiales, que hacen a la autonomía científica del derecho aeronáutico. Como tales, derogan todas las normas del título IV del PLDC que se le opongan. Por ende, la aplicación genérica concurrente que consagra el art. 4° es de aplicación imposible por ser violatoria de normas imperativas consagradas en otra rama del derecho, a la sazón, especial.

En materia de transporte aéreo, la culpa del transportador se presume, por lo que el art. 113 del PLDC tampoco sería aplicable ya que la norma aeronáutica es más favorable.

El art. 115 del PLDC consagra un sistema de responsabilidad objetivo en los términos del art. 1722 del Cód. Civ. y Com. Dispone también que el hecho de cualquiera de los otros integrantes de la cadena de producción o comercialización del producto o servicio, no puede ser opuesto como hecho de un tercero. Tampoco admite como eximente el cumplir con las reglas del arte o de la normativa vigente (vemos en este artículo 115 una clara contradicción con lo dispuesto en el último párrafo del 111), salvo que la ley o autoridad administrativa impongan imperativamente modalidades de fabricación, diseño, información o conservación del bien. Para el PLDC la culpa de la víctima es una eximente de interpretación restrictiva y solo admite la culpa grave o el dolo del damnificado. La norma finaliza exponiendo que “Tampoco exime de responsabilidad la circunstancia de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto o servicio no hubiese permitido apreciar la existencia del vicio” (se reitera acá la contradicción con el 111).

Todo el art. 115, y su párrafo final, contradicen las normas de orden público aeronáuticas. En los Convenios del Sistema Varsovia-La Haya, la responsabilidad es subjetiva, con culpa presunta del transportador, un tope máximo hasta donde este responde y causales taxativas de pérdida del derecho a limitar y de exoneración de responsabilidad (art. 3.2, 4.4, 9, 20.1, 21 y 25). En Montreal de 1999 es mixta. Su arquitectura es más compleja. Así, en caso de muerte o lesión corporal del pasajero la responsabilidad es obje-

(14) CAPALDO, Griselda, “Investigation of Aircraft Accidents and Incidents in Latin America (Part I)”, en *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, nro. 3/2003, Kluwer - Carl Heymanns Verlag, ISSN 0340-8329, Köln (ps. 332-354). CAPALDO, Griselda, “Investigation of Aircraft Accidents and Incidents in Latin America (Part II)”, en *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, nro. 4/2003, Kluwer - Carl Heymanns Verlag, ISSN 0340-8329, Köln (ps. 513 to 531).

(15) Al momento de escribir este capítulo (8 de febrero de 2019) cada Derecho Espacial de Giro cotizaba a u\$s 1,39, por ende, esos DEGs 113.100 equivalen a u\$s 157.209, o a \$ARG 5.947.216,40 (cotización del dólar = \$ 37,83).

Si vamos al CA, su art. 144 prevé una indemnización de hasta Ao 1000 (mil argentinos oro). Según el BCRA su cotización para el primer trimestre del año 2019 es de \$ARG 11.307,52 por cada Ao, por lo que el transportador aéreo responde por lesión o muerte del pasajero hasta el monto de \$ARG 11.307.520, una suma que está bien por encima del valor vida promedio que conceden los tribunales de justicia en la Argentina.

tiva hasta los DEGs 113.100. Si el pasajero opta por un resarcimiento mayor, la responsabilidad pasa a ser subjetiva e ilimitada. En el primer caso, la culpa de la víctima es causal de exoneración (art. 20). En el segundo, además de esta, son causales el hecho de un tercero y que el transportador demuestre que no hubo culpa de su parte ni de sus dependientes ni agentes (arts. 17.1, 20, 21.1 y 21.2). Para el equipaje facturado o de bodega, la responsabilidad es objetiva en caso de destrucción, pérdida o avería. El transportador se exonera si medió culpa del pasajero o que el daño se deba a la naturaleza, defecto o vicio del equipaje. El pasajero pierde el derecho a reclamar si no formula la protesta dentro de los plazos de caducidad previstos (art. 31). Si el daño lo sufre el equipaje de mano, la responsabilidad es subjetiva y el transportador solo se exonera si hubo culpa del pasajero (art. 17.2 y 20). En caso de retraso del vuelo del pasajero o en la entrega del equipaje facturado o de la carga en destino, la responsabilidad es subjetiva y las causales de exoneración son la culpa de la víctima o que el transportador demuestre que no hubo culpa de su parte ni de sus dependientes ni agentes (arts. 19 y 20). Se pierde el derecho a limitar si medió dolo o temeridad del transportista, de sus dependientes o agentes (arts. 22.5 y 30.3). La víctima pierde el derecho a reclamar si no formula la protesta dentro de los plazos previstos (art. 31), que solo rige para el equipaje de bodega y para la carga. Finalmente, en caso de destrucción, pérdida o avería de la carga, la responsabilidad es objetiva, el límite cuantitativo es infranqueable, las causales de exoneración son la naturaleza de la carga, defecto o vicio propios, por embalaje defectuoso, por acto de guerra o conflicto armado, por un acto de autoridad pública o por culpa de la víctima (arts. 18.2 y 20). La víctima pierde el derecho a reclamar si no formula la protesta dentro de los plazos previstos (art. 31).

En el CA el sistema de responsabilidad del transportador está unificado con el de Varsovia-La Haya, ergo, la responsabilidad es siempre subjetiva y las causales taxativas de exoneración total o parcial son la culpa de la víctima o que el transportador demuestre que adoptó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible adoptarlas (arts. 142 y 143). El transportador pierde el derecho a limi-

tar si él o sus dependientes actuaron con dolo, si no expidió el billete de pasaje o el boletín de equipaje, o si no expidió la carta de porte o la expidió faltando siete datos de los doce taxativamente consignados en el CA (arts. 114, 118, 122 y 147). Tanto para el transporte de personas como de cosas, se pierde el derecho a reclamar ante el transportador si no se formula la protesta dentro de los plazos de caducidad previstos (art. 149). En todos los casos, son nulas las cláusulas atenuantes o eximentes de responsabilidad (art. 146) pero las que las aumentan son válidas. Los topes cuantitativos están consagrados en los arts. 144 y 145 (16).

Todo este delicado equilibrio de derechos y obligaciones, toda esta compleja arquitectura del sistema de responsabilidad local e internacional derogan al consagrado en el art. 115 del PLDC y prevalecen sobre él.

La sanción punitiva prevista en el art. 118 del PLDC también queda derogada por los arts. 24 y 27 del sistema Varsovia-La Haya y el 29 de Montreal. Remitimos a lo dicho más arriba sobre estos dos preceptos.

En suma, las normas de orden público que hemos citado derogan a las del PLDC que consagran la pérdida del derecho a reclamar del consumidor por otras causales, o dentro de otros plazos, o con diferente extensión del resarcimiento, o por otros rubros, o en foros y fueros diferentes de los previstos en la legislación aeronáutica local e internacional.

**III.3.** El art. 65 del PLDC concede acción preventiva, directa y resarcitoria a todos los proveedores de contratos conexos, definidos en los términos del art. 1073 del Cód. Civ. y Com. Más allá de que sea poco probable que las acciones preventivas puedan aplicarse a la industria aerocomercial debido a que se trata de una actividad hiperregulada por normas y reglamentos vernáculos e internacionales sobre seguridad

(16) Sobre los montos del art. 144 ya nos referimos en la nota 16. Respecto al equipaje y a la carga (art. 145), el monto máximo surge de multiplicar Ao 2 por cada kilo de peso bruto. Entonces, Ao 2 equivalen a \$ARG 22.615,04. Para un peso bruto promedio de 23 kg por valija, tendríamos que por los daños al equipaje facturado el transportador responde hasta un monto máximo de \$ARG 520.145,92 por cada valija.

operacional y prevención de accidentes e incidentes de aviación, entre muchos otros rubros que sería largo enumerar, si llevamos al campo aerocomercial lo dispuesto por el art. 65 del PLDC vemos que se solapa con lo regulado en el Convenio de Guadalajara de 1961, incorporado por unificación a la legislación argentina en el art. 153 del CA y con los arts. 39 a 48 del Convenio de Montreal de 1999 sobre transportador contractual y de hecho, así como con los art. 1.3, 30.1 y 30.2 de Varsovia-La Haya, el 151 y 152 del CA, y los arts. 1.3 y 36 de Montreal de 1999 relativos al transporte aéreo sucesivo y combinado. Todos ellos consagran normas imperativas, o de orden público, sobre responsabilidad, que será solidaria cuando hay un transportador contractual y otro de hecho (habitualmente, cuando median acuerdos interempresarios de *code-sharing*, o cuando hay un fletamento total o parcial de la aeronave). Para los transportes sucesivos, es decir, viaje ejecutado por varios transportadores aéreos sucesivamente según surge expresamente del *ticket* de vuelo, la regla de la solidaridad es más compleja, pues en caso de daños al pasajero o retraso del vuelo, solo se puede accionar contra el transportista en cuyo tramo se produjo el accidente o el retraso, salvo que por estipulación expresa el primer transportador haya asumido la responsabilidad por todo el viaje. Si se trata de daños al equipaje o a la carga, el pasajero y el expedidor solo pueden demandar al primer transportista, a su vez, el pasajero y el destinatario pueden accionar contra el último transportador, y uno y otro además podrán proceder contra el transportista que efectuó el transporte durante el cual se produjo la destrucción, pérdida, avería o retraso del equipaje o de la carga. Dichos transportistas serán solidariamente responsables ante el pasajero, o ante el expedidor o el destinatario de la carga. Todas estas normas, locales e internacionales, por ser especiales y de orden público, derogarían al art. 65 del PLDC.

**III.4.** En el PLDC la acción de prescripción trienal se combina con un plazo de caducidad de 10 años a contar desde que el producto o servicio fue puesto en el mercado o fue prestado (art. 116). Pero respecto de la prescripción se dispone que, si las leyes generales o especiales fijan un plazo menor, este se amplía a tres años. En caso de que el actor no sea el propio consu-

midor, sino el proveedor o el prestador del servicio, el plazo prescriptivo también es trienal, salvo que las leyes especiales o generales consagren uno menor, en cuyo caso este es el que prevalece. Los relatores del anteproyecto han considerado que con estas disposiciones se concretaría el loable propósito de unificar el plazo prescriptivo con el fin de brindar mayor certeza y seguridad jurídicas (*vide* “Fundamentos del Anteproyecto”, punto V.5.3, párrafo 6º, *in fine*).

Para la legislación aeronáutica, sobre todo la internacional, la duración de los plazos prescriptivos es cuestión de orden público. Alterarla por una ley local supondría destruir o corromper la unificación legislativa exponiendo a la incertidumbre a los distintos actores que intervienen en el transporte aerocomercial, sobre todo el internacional.

La brevedad de los plazos prescriptivos y de caducidad previstos en la legislación aeronáutica (17) son contestes con el hecho técnico que domina a esta rama del derecho y sus dos principales caracteres ínsitos en el diseño mismo de las aeronaves: la velocidad y la capacidad de transponer fronteras. Videla Escalada, coautor del CA junto a H. Perucchi y a N. Errecart, sostiene que la brevedad de los plazos de esta disciplina genera una clara ventaja desde el punto de vista de la previsión y la seguridad jurídica (18).

En suma, el art. 116 del PLDC sobre caducidad de los derechos concedidos al consumidor, así como el 183 y el 184 sobre prescripción también quedan derogados, por la especialidad y orden público aeronáutico (bienio en el orden internacional y anual en el doméstico).

La justicia tuvo oportunidad de expedirse al respecto en autos “Marcori, Victoria Elsa c. Aerolíneas Argentinas” (CNFed. Civ. y Com., sala II, LL del 8/10/2013, AR/JUR/30380/2013) decidiendo que “En lo atinente al plazo de

(17) PERUCCHI, Héctor, *Prescripción comercial y aeronáutica*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, ps. 75-116.

(18) Sobre este aspecto véanse los interesantes argumentos vertidos por el autor en el punto B del capítulo LVI de su monumental Tratado, titulado “Influencia del tiempo en los derechos y acciones nacidos de la actividad aeronáutica: caducidad y prescripción”, en VIDELA ESCALADA, F., *Derecho Aeronáutico*, Zavalía, Buenos Aires, 1976, t. IV-B, ps.1035-1040.



prescripción de la presente acción, no puede prosperar la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor como lo pretende la actora, puesto que no cabe duda que en las presentes actuaciones —y al solo efecto de determinar la naturaleza de la acción impetrada y el plazo de prescripción aplicable— se trata de una demanda fundada en un hecho originado en la actividad aeronáutica, extremo que determina la aplicación del plazo específico de prescripción que prevé la ley en la materia, es decir, el art. 228 del Código Aeronáutico. En efecto, esta Sala sostuvo —en una situación similar a la presente— que cuando el supuesto sometido a decisión encuadra en previsiones específicas de la ley especial no existen razones valederas que, como principio, autoricen a descartarlas y a apartarse de ellas (doctrina de causas 7748/05 del 6/2/2007; 1041/05 del 21/9/2009; 6802/02 del 18/5/2010 y 3644/06 del 16/4/2013). En el contexto antedicho, la demanda interpuesta lo fue una vez transcurrido el plazo anual al que se hizo referencia”.

**III.5.** En tono misceláneo, nos referiremos brevemente a algunos otros preceptos del PLDC que entran en conflicto con la ley especial aeronáutica. Dejamos fuera de referencia a muchos más, por falta de espacio.

Por ejemplo, el art. 67 del PLDC estipula que “Los servicios por plazo determinado podrán ser rescindidos por el consumidor sin derecho del proveedor a exigir preaviso o indemnización alguna”. Esta norma queda derogada por otra especial que se le opone. Nos referimos al art. 151 del CA por medio del cual se establece que “El pasajero que no se presente o que llegue con atraso a participar del vuelo para el cual se le haya expedido el billete de pasaje, o interrumpiese el viaje, no tendrá derecho a exigir la devolución total o parcial del importe. Sin embargo, si la aeronave partiese con todas las plazas ocupadas, el transportador deberá reintegrar el ochenta por ciento del precio del billete de pasaje”. Para que el transportador pueda cumplir su obligación de transportar a una persona, esta debe presentarse a abordar el vuelo. Al pasajero que no se presenta se lo denomina *no show* y se le aplica la *exceptio non adimpleti contractus*. Uno de los fundamentos propios de la lógica jurídica que hacen a este precepto se basa en la naturaleza jurídica del contrato de

transporte aéreo: es una locación de obra, no una locación de servicios.

Dentro de las atribuciones que el art. 136 del PLDC concede a la ANCON se encuentra la de “disponer la realización de inspecciones y pericias vinculadas con la normativa alcanzada por esta ley” (inc. 3º). Si analizamos esta regla en sintonía con el art. 4º, *in fine*, resulta que entre la normativa alcanzada por el PLDC está la aeronáutica. La aplicación de este artículo puede interferir con las normas relativas a la investigación técnica de accidentes e incidentes de aviación, reguladas en el orden interno por el título IX del CA y en el internacional por el anexo 13 al Convenio de Chicago, en vigor entre 193 Estados y del que la Argentina es parte. Son normas imperativas, aplicables a un instituto típico del derecho aeronáutico. De ningún modo la ANCON podría invocar el inc. 3º del art. 135 (o el inc. 5º, relativo a la celebración de audiencias, de oficio) para superponer su acción e interferir en la investigación técnica llevada a cabo por la Junta de Investigación de Accidentes de Aviación Civil (JIAAC), organismo autárquico del Estado Argentino. En todo caso, su intervención deberá someterse a la aprobación previa de la JIAAC, quien tiene a su cargo no solo la custodia de la aeronave y de sus restos sino también la dirección de la coordinación de su accionar con otros organismos, y son esos otros organismos los que tienen la obligación legal (ver art. 189 del CA) de producir los informes que les requiera la autoridad aeronáutica. Esto es orden público especial, de modo que las normas aeronáuticas internas e internacionales prevalecen sobre y derogan a las del PLDC, incluida la regla que dimana del art. 135.

El art. 139 del PLDC sencillamente es violatorio de la competencia federal exclusiva en materia de infracciones aeronáuticas. Competencia que, reiteramos, tiene raigambre constitucional. Al ser violatorio, en modo alguno ninguna autoridad provincial ni de la CABA podrán actuar como “autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en relación con el cumplimiento de esta ley y su reglamentación respecto de las infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones”. Esta norma también debe ser leída en sintonía con el art. 4º, *in fine*, del PLDC que alude a su aplicación concurrente con la legislación aeronáutica.

tica. Tratándose de infracciones aeronáuticas, esa atribución le compete de manera exclusiva y excluyente a la Administración Nacional de Aviación Civil. Extendemos nuestra objeción a los arts. 157 y 160, que consagran un régimen sancionatorio y una definición de reincidente que entran en conflicto con las normas específicas del CA. Ergo, estas últimas prevalecen sobre aquellas. Estos preceptos del PLDC, loablemente pensados para fortalecer la eficacia de la norma, solo generarán graves problemas de competencia de organismos federales con los provinciales o municipales. Recordamos que la aviación no está comprendida entre las facultades reservadas a las provincias. Un detalle que pasó inadvertido al redactar el PLDC.

**III.6.** Entonces, ¿todo el PLDC es inaplicable al transporte aéreo? La frontera la marca el propio derecho aeronáutico con su especialidad, su autonomía y su orden público. Y también con su ámbito de aplicación en razón de la materia, de las personas y cosas, del tiempo y del espacio. Pero en todos los supuestos, lo que ha de quedar en claro es que siempre que haya un contrato de transporte aéreo (que es el instituto al que se refiere el art. 4º, *in fine*, del PLDC) la competencia es la federal. Como bien señala Horacio Knobel, la atribución de jurisdicción a los tribunales federales en cuestiones relativas al transporte aéreo y al derecho aeronáutico en general, se basa en que una materia como la aeronáutica es esencialmente interjurisdiccional. “La finalidad de vincular por medio del transporte aéreo, puntos distantes situados en diferentes provincias o entre distintos Estados, genera la necesidad de uniformidad de las soluciones que se brinden, por elementales razones de seguridad jurídica.” El mismo autor, con lucidez, añade que la normativa de derechos del consumidor es esencialmente local por lo que la jurisdicción creada por las leyes de consumo también lo es. Por ambas razones, el autor considera que ellas no tienen aplicación respecto de los reclamos derivados del contrato de transporte aéreo (19).

(19) KNOBEL, Horacio, *Defensa del Consumidor y Transporte Aéreo. El nuevo régimen de la Ley 26.993, 1975*, artículo disponible online en: <https://cedaonline.com.ar/2015/02/11/defensa-del-consumidor-y-transporte-aereo-el-nuevo-regimen-de-la-ley-26-993/> (consulta: 1/7/2016).

Los convenios internacionales del Sistema Varsovia y de Montreal de 1999 así como los capítulos del Código Aeronáutico relativos al contrato de transporte aéreo y a su sistema de responsabilidad y otros asuntos conexos, tienen un ámbito de aplicación temporal que puede auxiliarnos al momento de decidir qué aspectos de ese contrato serían alcanzados por el PLDC. Por supuesto quedan comprendidos en este último todo lo relativo a la lealtad comercial, la proscripción de la publicidad engañosa y de cláusulas abusivas, el deber de brindar información completa, los principios de transparencia y de buena fe, etc. (20). En suma, si fuéramos cirujanos del derecho y hundiéramos el escalpelo en el negocio aerocomercial, podríamos distinguir dos momentos: el precontractual (21) y el de ejecución concreta de un contrato de transporte aéreo. El primero se desenvuelve en cierta medida en el terreno de los derechos del consumidor y el segundo en el del derecho aeronáutico (22). Decimos “en cierta medida” porque hay varias normas reglamentarias del Código Aeronáutico que traen preceptos concretos que deben aplicarse con preferencia a los del PLDC, ya que son especiales respecto de él puesto que reglamentan una ley especial. Entre ellos podemos citar la res. 1532/1998, sobre “Condiciones generales del contrato aéreo” en la que se listan los derechos y obligaciones de los usuarios y transportistas, o el decreto 2186/1992 relativo al transporte aéreo regular interno e internacional de carga el cual tiene entre sus objetivos el “Estímulo a la competencia entre los distintos explotadores, protección de la lealtad comercial y de los derechos del consumidor” (art. 2.b, o el decreto 326/1982 sobre “Faltas aeronáuticas” que ordena la fiscalización de representa-

(20) OVIEDO ALBÁN, Jorge, “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”, en *Universitas Bogotá*, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 115, enero - junio 2008, Bogotá, ps. 83-116.

(21) Nos referimos al llamado período de formación del contrato, al que la doctrina ha tratado de caracterizar, no sin grandes dificultades.

(22) Respecto del contrato de transporte aéreo de pasajeros, su ejecución comienza con el embarque de la persona y culmina con su desembarque. Respecto del equipaje, la ejecución comienza antes, es decir, a partir del momento en que —y durante todo el período en el cual— el transportador pasa a tener la custodia de la cosa.

ciones y agencias extranjeras “en salvaguarda y tutela de los intereses del Estado y del usuario” (art. 133.4.7) (23) o el decreto 1401/9198 que impone el deber de informar al usuario con total transparencia en caso de *code-sharing* entre líneas aéreas, o la ley 26.989/2014 que implementa un instructivo de seguridad en sistema Braille para todos los vuelos de cabotaje.

**III.7.** La jurisprudencia brasileña es testigo de una interesante evolución. Explica Assis de Almeida (24) que hasta los años 90 “la jurisprudencia aplicaba, de forma consistente y regular, tanto el Código Brasileiro de Aeronáutica como los convenios internacionales...”, pero “con la entrada en vigencia del Código de Defensa del Consumidor, la situación se alteró profundamente. Pasada alguna vacilación inicial, los tribunales brasileños comenzaron a aplicar(lo)... en lugar de la legislación aeronáutica nacional e internacional”. Hasta los 90 la uniformidad en las decisiones judiciales era la regla. Luego, la experiencia y la investigación han demostrado “la ausencia de cualquier criterio o uniformidad en las decisiones judiciales en materia de responsabilidad en el transporte aéreo”. Esta imprevisibilidad sobreviniente afectó a la seguridad jurídica. Assis de Almeida analiza numerosos casos (25) resueltos por tribunales ordina-

rios locales (no federales) en los que se decide de manera muy disímil (y con indemnizaciones que variaron en un 50%) sobre casos idénticos ocurridos a pasajeros de un mismo vuelo, e incluso a situaciones fácticas exactamente iguales sufridas por familiares que vivían en diferentes ciudades e iniciaron acciones ante los juzgados de sus respectivos domicilios reales. Ciertos casos se refieren a demoras en el vuelo y otros a extravíos de equipaje.

Dado que las demandas incoadas ante los juzgados especiales (del consumidor) están exentas del pago de costas, tasas o gastos en primera instancia, los abogados brasileños iniciaron la práctica de cobrar sus honorarios sobre la base de un pacto de *cuota litis*, normalmente de 1/3 de la indemnización acordada.

Esta incertidumbre sobre cómo y por cuánto se condena aplicando la ley brasileña de defensa del consumidor, parece haber quedado atrás luego de la reciente decisión del Supremo Tribunal Federal del 25 de mayo de 2017 en la que, sin dejar margen a dudas, decidió que “En virtud del art. 178 de la Constitución Federal las normas y los tratados internacionales limitadores de la responsabilidad de las compañías aéreas de pasajeros, especialmente los Convenios de Varsovia y de Montreal, prevalecen sobre el Código de Defensa del Consumidor” (RE, 636.331, RE con agravio [ARE] 766.618). Esta decisión se adoptó en el marco de un proceso de repercusión general, que es el requisito exigido para que el Supremo Tribunal Federal juzgue los recursos extraordinarios. Es decir, el tema ventilado en el caso debe tener relevancia y trascendencia económica, política, social o jurídica y debe afectar a un colectivo de personas. La tesis fijada por el Supremo Tribunal debe ser observada y seguida por todos los demás

(23) En autos “López, Carlos E. c. Empresa Lloyd Aéreo Boliviano” (CFed. Tucumán, 10/9/2004; LL NOA 2005, mayo, p. 643) el juez preopinante aplicó la LDC porque no encontró en el Código Aeronáutico “ninguna disposición relativa a la obligación genérica de informar (art. 4º ley 24.240) y lo que es más, tampoco encontramos disposiciones relativas a las sanciones que corresponden por incumplimiento de tales obligaciones, lo cual es perfectamente lógico”. Sin embargo, tal obligación está vigente y consagrada en el decreto 326/1992 y en la res 1532/1998. Sorprendentemente, se ha ignorado que el “derecho vigente” no solo incluye a las leyes de fondo, v.gr., el CA, sino también a sus reglamentaciones.

(24) ASSIS DE ALMEIDA, José G., “Transporte aéreo y derechos del consumidor: la difícil relación en el derecho brasileño y aportes para un nuevo Código Aeronáutico argentino”, en *Aportes para un nuevo Código Aeronáutico*, UNDEF Libros, Buenos Aires, 2017, ps. 235-257. Ver también: ASSIS DE ALMEIDA, J. G. - SANT’ANNA, Joao M., “El sistema de Varsovia y el Convenio de Montreal en la jurisprudencia brasileña de los tribunales superiores”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2015-I (Griselda Capaldo [coord.]), ps. 37-69.

(25) AgRg en el AREsp 407.809/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomao, 4to Tribunal, Fallo 11-03/2014,

Dje 19/3/2014; REsp 1280372/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas, 3er. Tribunal, Fallo 7/10/2014, Dje. 10/10/2014; AgInt en el AREsp 874.427/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomao, 4to Tribunal, Fallo 4/10/2016, Dje. 7/10/2016; y otros casos como: proc. 9045230.41.2016.8130024 - 4ta. Unidad Jurisdic. Civil de Belo Horizonte; proc. 0051166-10.2016.8.19.0001 - Juzg. Esp. Río de Janeiro; proc. 1018148-14.2015.8.26.0100 - 8va. Jurisdic. Civil del Fuero Central de San Pablo; proc. 1018123-98.2015.8.26.0100 - 3ra. Jurisdic. Civil del Fuero Central de San Pablo; 1018148-14.8.26.0100 - 2da. Cám. Extraord. del Fuero Privado, etcétera.

tribunales brasileños, tanto ordinarios como especiales y federales. Lo que se ventiló en ambos recursos fue el límite de indemnización por extravío de equipaje (RE, 636.331) y la aplicación del plazo prescriptivo (ARE, 766.618). Uno de los argumentos esgrimidos por el Supremo Tribunal fue el “criterio de la especialidad”, al sostener que las aeronáuticas son normas especiales en relación con el Código de Defensa del Consumidor, pues disciplinan una modalidad especial de contrato, es decir, el contrato de transporte aéreo.

#### IV. Conclusiones

La aviación civil cumple un rol geoestratégico y geopolítico admitido por todos los estudiosos en política aérea del mundo. Ese rol es más acusado en la Argentina por ser un país ubicado en situación geográfica desventajosa. El negocio del transporte aéreo es el menos rentable de todas las actividades comerciales, pues arroja una ganancia neta de entre el 3% y el 5% solo si cada vuelo logra un factor de ocupación del 85% o superior (cantidad de asientos y capacidad de bodega). Por debajo de ese factor, las escasas ganancias netas se desvanecen. Las múltiples razones para apoyarlo, desarrollarlo, preservarlo y regularlo especialmente saltan a la vista para cualquier profesional con 10 años o más de especialización en la materia (26).

(26) POTENZE, Pablo L., “Factores de poder en la aviación argentina (V): Factores complementarios y lo

La ley de defensa del consumidor, al proteger a estos *en todas las relaciones de consumo*, es en sí misma una ley general de consumo. Se infiere de ello que su aplicación debe ser subsidiaria frente a otras ramas de la enciclopedia jurídica que cuentan con autonomía científica y legislativa, como el derecho aeronáutico y el derecho marítimo.

Todo el delicado equilibrio de derechos y obligaciones, toda la compleja arquitectura del sistema de responsabilidad *local e internacional* (CA y Tratados) basado en normas de orden público derogan al consagrado en el PLDC y prevalecen sobre él (o sobre la vigente LDC). Recordemos además que la Argentina es parte en el Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (ley 19.865/1972), para el cual los Estados no pueden invocar sus normas de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado que ratificó o aceptó o al que adhirió (art. 27 del Convenio).

que vendrá”, en *Revista Gaceta Aeronáutica, Aviación general*, Buenos Aires, Argentina, 20 de marzo de 2017; FERREIRA, Enrique A. D., *La doctrina argentina en Derecho Internacional Aéreo. Balance a los 24 años de su aparición*, Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Buenos Aires, 1971, ps. 6-7; ARANA TAGLE, Luis, “Propiedad estatal del tráfico aéreo y la evolución del concepto de servicio aéreo”, en LL 2010-A-970 y ss.; EMME, Eugene, “The Impact of Air Power: National Security and World Politics”, en *Technology and Culture*, vol. 2, nro. 1 (Winter, 1961), ps. 75-77.

# Transporte aéreo: un avance en la delimitación de las históricas excepciones de aplicación de la ley consumerista

---

KARINA M. BARREIRO (\*)

## Introducción

El ámbito de aplicación de la ley de defensa del consumidor ha reconocido desde su sanción dos excepciones parciales, cada una de ellas con distinto alcance, definidas en esencia por el carácter del proveedor: profesionales liberales, por un lado, y compañías de aviación comercial por otro.

Con buen criterio, el anteproyecto en estudio ha unificado en un único artículo el tratamiento de ambas exclusiones, luego de brindar la definición de proveedor.

## I. Servicios de profesionales liberales

Los servicios brindados por profesionales liberales, *que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales, reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello*, se encuentran ex-

cludidos de la aplicación de la ley 24.240 en su redacción actual, salvo en todo lo relacionado con la publicidad que aquellos hicieran de sus servicios (art. 2º, LDC).

Entre las razones que en general justifican esta exclusión se encuentra el hecho de que los profesionales actúan conforme a las reglas de su profesión, las cuales además son regladas por colegios o asociaciones que otorgan la matrícula habilitante y ejercen controles sobre ella. De igual modo cabe señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación se ha ocupado de tratar la actividad del profesional liberal y determinar también el tipo de responsabilidad que le cabe (subjettiva a excepción de los supuestos en lo que se comprometen resultados concretos), desde ya diferente al sistema previsto en la LDC.

El anteproyecto en análisis mantiene el mismo criterio que la ley 24.240 y se ocupa de ampliar el alcance de la aplicación de la ley, incorporando la figura de las “prácticas abusivas” dentro del ámbito de aplicación, como así también a toda actividad comercial o cualquier otra extraña a la actividad profesional, estableciendo expresamente que estas se encuentran alcanzadas por la normativa.

Vale señalar que de esta manera el anteproyecto ha avanzado en la protección de los usuarios de servicios brindados por profesionales liberales al recortar el alcance de la exclusión actual, previendo específicamente que la ley será aplicable a las prácticas abusivas y a todas

---

(\*) Abogada (UBA). Especialista en Derecho Aeronáutico, Espacial y Aeroportuario, (INDAE — Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial—, Universidad de la Defensa). Secretaria general del Observatorio de Derecho del Turismo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Directorio internacional del International Forum of Travel and Tourism Advocates (IFTTA) [www.iftta.org](http://www.iftta.org). Coordinadora académica y profesora del curso de posgrado “Programa de Actualización en Derecho del Turismo”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Maestranda en Economía y Desarrollo del Turismo (Universidad de San Martín).

aquellas cuestiones comerciales o que excedan el actuar profesional.

## II. Transporte aéreo

Una modificación sustancial en relación al transporte aéreo se observa en el régimen propuesto.

En efecto, la ley 24.240 previó en su art. 63 una exclusión parcial a la aplicación de la norma al “contrato” de transporte aéreo, previendo su aplicación supletoria, luego de dejar establecido que primará la aplicación del Código Aeronáutico y los Tratados internacionales.

El anteproyecto ha optado por dejar de lado la aplicación supletoria de ley consumeril al transporte aéreo, y establecer la aplicación concurrente y de acuerdo con su materia, del Código Aeronáutico, los Tratados internacionales y la propia ley.

La modificación introducida al respecto, sin duda constituye —a mi modo de ver— uno de los principales avances que contiene el anteproyecto comentado. En efecto, los usuarios del transporte aéreo han venido siendo relegados en la protección de sus derechos, con un tratamiento distinto de la ley de consumo, el cual no encuentra justificación razonable más allá de la exclusión legal del art. 63, LDC.

La supletoriedad prevista en el art. 63, por su parte, ha tratado de ser justificada a través de la “autonomía del derecho aeronáutico” y su legislación especial, la cual incluye tratados internacionales. Ello no solo resulta desacertado por diversas cuestiones elementales como la primacía de la garantía constitucional del art. 42, CN (1), sino que tampoco se justifica a poco que

se lo contraste con la realidad que se trasluce en la misma LDC: véase que la exclusión recae exclusivamente sobre el contrato de transporte aéreo y no sobre el de contrato de transporte por agua de pasajeros, el cual reviste similares características a aquel, también regulado por tratados internacionales y ley especial.

El alcance de la exclusión del art. 63, LDC, ha sido materia de tratamiento en trabajos anteriores (2), y si bien la jurisprudencia (3) de los últimos años ha comenzado a hacer aplicación más extensa de la LDC al transporte aéreo, conforme a la regla de la supletoriedad imperante, no es menos cierto que buena parte de la doctrina aún sostiene en algunos casos la inaplicabilidad de la ley consumerista al transporte aéreo, o una posición de aplicación reducida de aquella, básicamente referida a la etapa precontractual (4).

el art. 42, CN, conforma el microsistema de derecho del consumidor, cuyo elemento activante es la relación de consumo (ver BARREIRO, Karina, “Los derechos de los pasajeros y la necesidad de reforma del Código Aeronáutico”, LL del 20/2/2018, p. 1.

(2) BARREIRO, Karina, “La ley de defensa del consumidor y el transporte aéreo de pasajeros”, LL del 28/10/2014; DCCyE 2014 (diciembre), p. 58; *Suplemento de Actualidad*, 23/10/2014, p. 1, AR/DOC/3669/2014, y “Los derechos de los pasajeros y la necesidad de reforma del Código Aeronáutico”, cit.

(3) Ver entre otros: CNFed. Civ. y Com., sala III, 4/12/2012, “Fortunato, José c. American Airlines y otros s/pérdida de equipaje”; ST Formosa, 12/7/2013, “Aerolíneas Argentinas sucursal Formosa s/apelación ley provincial Nro. 1480”; CNFed. Contencioso administrativo, sala IV, 22/12/2015; CNFed. Civ. y Com., sala I, 2015, expte. 7641/2008 “Mondelli, Juan Ignacio y otros c. Aerolíneas Argentinas SA”; CNFed. Civ. y Com., 19/12/2016, “Alimen, Glenda Julia c. Lan Airlines SA s/pérdida/daño de equipaje, expte. 900/2016.

(4) Ver entre otros: FOLCHI, Mario O., “Derecho aeronáutico y Derecho del Consumidor”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico*, nro. 27, octubre de 2015, IJ Editores; CAPALDO, Griselda, “La influencia del Nuevo Código Civil y Comercial en el transporte aéreo de pasajeros”, CEDAE, <https://cedaonline.com.ar/2015/11/11/la-influencia-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-en-el-transporte-aereo-de-pasajeros/>, recuperado el 23/6/2017; KNOBEL, Horacio E., “Defensa del Consumidor y Transporte Aéreo. El nuevo régimen de la ley 26.993”, en [www.cedaonline.com.ar](http://www.cedaonline.com.ar) <https://cedaonline.com.ar/2015/02/11/defensa-del-consumidor-y-transporte-aereo-el-nuevo-regimen-de-la-ley-26.993/>; PRATO CHIARELLA, H. M., “Derecho del Consumidor y Derecho

(1) He argumentado anteriormente que la autonomía legislativa del derecho aeronáutico no es argumento válido para rechazar la aplicación de las normas protectorias de los usuarios. A su vez, la normativa consumeril también reviste el carácter de “especial”, y el ámbito de su aplicación es el de la relación de consumo, la cual se encuentra presente en el contrato de transporte aéreo en la medida que el pasajero sea un “consumidor” (usuario) en los términos del art. 1º, LDC. Asimismo, he resaltado la importancia fundamental del art. 42, CN —de aplicación directa e indiscutible—, en tanto brinda amparo constitucional a todos los consumidores y usuarios (*incluidos los del transporte aéreo*). En efecto,

En miras a encontrar la *ratio legis* del art. 63, LDC, es preciso poner de resalto que la inclusión de dicha norma en la redacción original de la ley 24.240 registró un escaso o nulo debate parlamentario (5). Asimismo, la reforma efectuada en el año 2008 por ley 26.361 fue aprobada por el Congreso con la derogación de dicho artículo, pese a ello la norma subsiste merced al veto ejercido por el Poder Ejecutivo de entonces, a través del dec. 565/2008. Ello da cuenta de que la exclusión del art. 63 no ha contado con el consenso doctrinario ni tampoco parlamentario.

Así, para Lorenzetti, la solución brindada por el art. 63 se relaciona específicamente con los límites de la reparación establecidos en el Código Aeronáutico y en la legislación internacional, y considera dicha exclusión como una solución disvaliosa en los tiempos actuales, ya que no se justifica en absoluto dicha limitación de la responsabilidad de la que gozan las compañías de transporte aéreo (6).

---

Aeronáutico”, *Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico*, nro. 37, junio 2017, IJ Editores; VIVEROS, P., “Jurisdicción internacional en materia de contratos de transporte aéreo. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado Argentino del consumidor”, *eldial.com*, 13 de junio de 2013; VASALLO, Carlos M., “Responsabilidad en el transporte aéreo - Relación con la defensa del consumidor”, LLAR/DOC/3723/2013; “Régimen jurídico reglamentario del usuario del transporte aéreo”, SAIJ (Sistema integrado de información jurídica). Id SAIJ DACC 100080 [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar); y “Competencia: Crítica al dictamen del fiscal general de la Cámara Civil Comercial Expte. 4761/2017”, en [www.cedaeonline.com.ar](http://www.cedaeonline.com.ar) <https://cedaeonline.com.ar/2019/02/21/competencia-critica-al-dictamen-del-fiscal-general-de-la-camara-federal-civil-y-comercial-expte-4761-2017-agro-mayor-denise-y-otro-c-american-airlines-inc-y-otro-s-incumplimiento-de-contra/>, recuperado el 22/2/2019.

(5) Flass refiere al respecto que, en el proyecto aprobado por Senadores, no hay ningún antecedente similar y lo mismo cabe decir del anteproyecto Alterini, López Cabana, Stiglitz. Los orígenes de la disposición se pierden en la nebulosa del misterio, y menciona incluso que se ha indicado también que ello obedeció a un fuerte *lobby* de las empresas de aviación, concluyendo que la poca razonabilidad evidenciada parece confirmar esa hipótesis (FLASS, Günter E., “Aplicación de la normativa del consumidor en el ámbito de la aeronavegación comercial”, LL NOA 2005, 641).

(6) Conforme LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, 2ª ed. actual., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Concordantemente, Chamatropulos, en desacuerdo con los argumentos del citado decreto 565/2008, ha sostenido que aplicar supletoriamente la LDC a la industria aeronáutica importa la consagración de un privilegio inadmisibles (7).

En dicha inteligencia, no puede desconocerse que la responsabilidad limitada del ordenamiento aeronáutico encuentra su razón de ser hace casi un siglo atrás, en la necesidad de incentivo a la incipiente actividad aerocomercial de entonces, mediante la reducción de los grandes riesgos propios del transporte por avión de aquella época. Por el contrario, en la actualidad el transporte aéreo es reconocido como el medio de transporte más seguro del mundo, es decir, pese a que los presupuestos fácticos que motivaron el régimen especial de responsabilidad de las empresas aéreas han desaparecido, aquel ha permanecido inalterable.

### ***II.1. De la aplicación supletoria a la aplicación concurrente***

La norma proyectada ha introducido un cambio relevante y necesario en cuanto dispone la aplicación “concurrente” del Código Aeronáutico, los Tratados Internacionales y la propia ley de consumo “de acuerdo con su materia”. De esta forma, se abandona finalmente (luego del fallido intento parlamentario del año 2008 frustrado por el veto presidencial) el principio de supletoriedad de la ley de defensa del consumidor en el transporte aéreo.

Se trata de una solución esperada y previsible, toda vez que resulta indiscutible el carácter de contrato de consumo que reviste el contrato de transporte aéreo de pasajeros, y por ende, la discriminación que sufren a diario los usuarios, quienes suelen ver sus derechos vapuleados por parte de las empresas aerocomerciales, apoyadas en legislación aeronáutica que prescinde de los principios protectorios de la normativa de consumo.

En efecto, dentro de la especialidad de la materia aeronáutica civil, encontramos como parte integrante de aquella, al contrato de transporte aéreo de pasajeros. Este encierra, a su vez, una

---

(7) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, vol. I.

relación de consumo, los pasajeros son “usuarios” frente a una aerolínea proveedora de servicios de transporte aéreo. De tal manera, entre todas las cuestiones atinentes a la actividad aérea, aparecen dentro del ámbito propio de la actividad aeronáutica, “relaciones de consumo”, las cuales a partir de la sanción de la LDC cuentan su ley especial rectora, y desde la reforma constitucional de 1994, amparo en los arts. 42 y 43 de la Carta Magna.

A la luz de lo dicho precedentemente, podemos concluir que dentro de la “especialidad” de la aeronáutica civil regulada por el Código Aeronáutico y los Tratados Internacionales, se encuentra otra materia especial conformada por la “relación de consumo” existente en el contrato de transporte de pasajeros, regulada por el ordenamiento consumeril. Ciertamente, no encuentro explicación que permita apartarse del principio de especialidad del Estatuto del Consumidor, y por tanto, la amplitud de la exclusión que establece el actual art. 63, LDC, resulta infundada e inadecuada.

Dicha especialidad constituye sin duda la “materia” a la que refiere el artículo 4º en tratamiento. Es decir, no puede dudarse que la normativa aeronáutica se ocupa de regular la aviación civil en su conjunto (la “materia” aeronáutica), la cual excede largamente la “relación de consumo” que obviamente ocurre entre el pasajero y la aerolínea en ese ámbito.

A su vez, la relación de consumo es la “materia” regulada por el Estatuto del Consumidor.

No solo resulta posible sino necesario poder distinguir y separar ambas materias, que coinciden con autoridades de aplicación distintas (ANAC y Subsecretaría de Defensa del Consumidor), en tanto la especialidad que las define.

## ***II.2. Alcance de la aplicación “concurrente”***

Ahora bien, a efectos de identificar los efectos concretos del nuevo sistema de aplicación concurrente, es preciso considerar, por un lado, que el ordenamiento aeronáutico y el de consumo no tratan cada uno de ellos cuestiones distintas en cuyo caso la aplicación concurrente implicaría simplemente una aplicación complementaria. Mientras que, por otro, es de notable im-

portancia tener en cuenta que la remisión concurrente a la normativa aplicable lo será también en razón de la materia (“concurrente y de acuerdo a su materia”). Este punto, sobre el que volveremos más adelante, resulta ser más complejo de lo que parece en una primera lectura.

Va de suyo que ningún inconveniente se vislumbra ante situaciones no contempladas en la normativa aeronáutica, pues allí resultan de plena aplicación las normas de consumo sin mayor análisis. La reducción de posibilidades a dichos supuestos no presenta ningún desafío, y en definitiva tampoco importaría ningún cambio significativo, toda vez que la supletoriedad actualmente vigente, proporciona soluciones brindadas por la LDC a todos aquellos supuestos no previstos en la normativa propiamente aeronáutica. En dicha hipótesis, aplicación supletoria y complementaria o concurrente resultan ser lo mismo.

De tal manera, sobre el actual sistema del art. 63 de la ley 24.240 se ha dicho con razón que la excepción parcial de dicha norma debe ser de interpretación sumamente restrictiva, por lo que el sistema de protección de los consumidores debe aplicarse no solo cuando las leyes especiales nada dicen frente a alguna hipótesis determinada, sino también cuando la ley 24.240 contemple alguna obligación para los proveedores que resulte complementaria o integradora de otras surgidas de las normas específicas, siendo todas ellas resultantes del mismo presupuesto de hecho (8).

A diferencia de la supletoriedad, en la cual sin duda la aplicación de la LDC ocurre en forma “complementaria” pero con primacía de las normas de aplicación directa —en el caso Código Aeronáutico y Tratados Internacionales—, la aplicación concurrente no permite determinar cuál será la norma que prime sobre la otra en aquellos supuestos en los que ambos ordenamientos brinden soluciones diferentes u opuestas. Sin embargo, es preciso aquí resaltar la importancia de la “materia”, ya que entiendo que la aplicación concurrente implicará también que se aplique la normativa de cada mate-

(8) WAJNTRAUB, Javier H., *Régimen jurídico del consumidor comentado*, 1ª ed. revisada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.



ria al caso particular. Ergo, en cada situación en la que se vea involucrado un usuario en mérito a una relación de consumo, la normativa aplicable será la nueva LDC.

Sin dudas, la labor jurisprudencial y la importancia del diálogo de fuentes —previsto expresamente en el art. 28 del anteproyecto—, cobrarán especial relevancia a la hora de hallar solución a aquellos supuestos de contraposición de normas.

Siguiendo con el análisis de cuáles en definitiva serán las consecuencias prácticas de la aplicación concurrente y de acuerdo con la materia, es preciso previamente identificar cuáles son las pocas cuestiones que pueden tener incidencia en la relación de consumo y que a la vez se encuentran previstas en el Código Aeronáutico y los Tratados Internacionales. Ambos ordenamientos tienen como objeto regular la aviación civil, y solo una pequeña proporción está ligada a la relación de consumo o, lo que es lo mismo, a la relación entre las compañías aéreas y sus pasajeros (aunque desde ya, no es su objeto regular la relación de consumo o proteger al usuario).

Establecer entonces previamente cuáles son las normas, tanto del Código Aeronáutico como de los Tratados Internacionales, que deberán aplicarse en forma “concurrente” con la ley de defensa del consumidor resulta imprescindible para delinear el escenario en el que los pasajeros harán valer sus derechos.

Una primera interpretación literal del artículo en estudio, y más favorable al consumidor, podrá ser directamente la “inaplicabilidad de las normas aeronáuticas a la relación de consumo”, toda vez que la materia de aquellas no está conformada por dicha relación, la cual es propia de la LDC.

Sin perjuicio de ello diremos que las cuestiones atinentes a los pasajeros en los convenios internacionales de Varsovia y Montreal pueden resumirse en: lesiones o muerte del pasajero; pérdida, demora en la entrega o daños al equipaje, y retraso (9).

(9) *a) Lesiones o muerte del pasajero:* Mientras que el Convenio de Varsovia establece la responsabilidad del

Por su parte, el Código Aeronáutico de la República Argentina, reproduciendo en el ámbito interno las disposiciones de la Convención de Varsovia, también regula en forma idéntica (con la salvaguarda de los montos correspondientes a los límites de responsabilidad) los mismos derechos hacia los pasajeros aéreos. En tal sentido el título VII trata la responsabilidad de las empresas de aeronavegación por los daños causados a pasajeros, equipajes o mercancías transportadas. En todos los casos se trata de responsabilidad contractual, subjetiva con inversión de la carga de la prueba y limitada salvo dolo (art. 147), conforme a lo señalado por los arts. 142 y 144.

Si bien el Código Aeronáutico trata ciertos asuntos que afectan la relación contractual con el pasajero, tales como la prueba del transporte aéreo, la equiparación del transportador de hecho al contractual a los efectos de determinar su responsabilidad (solidaria) frente a los usuarios, la constitución de seguros obligatorios, o incluso los plazos para efectuar los protestos, no puede

transportador por las lesiones o muerte de pasajeros derivado de un accidente ocurrido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque y desembarque; el Convenio de Montreal se ha apartado de dicha fórmula y establece la responsabilidad “por la sola razón” de que el accidente haya ocurrido en cualquiera de dichas circunstancias. De tal forma, la diferencia radica en el tipo de responsabilidad.

En el primero de los Convenios citados la responsabilidad será siempre limitada, mientras que en el segundo “la estructura de responsabilidad en materia de daños por muerte o lesiones, es de dos niveles. En un primer nivel, circunscripto a los daños que no excedan de los 100.000 DEG, es de base objetiva; en el segundo nivel, respecto de los daños que excedan esa cifra, es de base subjetiva. De manera que el tipo de responsabilidad, y más concretamente, las causales de exoneración admitidas en cada caso, dependerán de la entidad del daño”. (Conf. KNOBEL, Horacio E., *El transporte aéreo de pasajeros y sus equipajes en el Convenio de Montreal de 1999*, Ladevi, Buenos Aires, 2009).

*b) Pérdida o Daños al equipaje:* En el mismo sentido que lo señalado respecto a lesiones o muerte del pasajero, la responsabilidad por daños o pérdida de equipaje es de tipo subjetiva en el Convenio de Varsovia, y objetiva en el de Montreal (subjetiva solamente respecto al equipaje de mano). En ambos ordenamientos se prevé la limitación del monto a resarcir.

*c) Retraso:* Tanto el sistema de Varsovia como el de Montreal, establecen la responsabilidad (de tipo subjetiva) del transportador por el retraso en el transporte aéreo de pasajeros y sus equipajes.

decirse que dichas cuestiones constituyan verdaderos derechos a favor de los usuarios.

En tal entendimiento, a continuación, se enumeran los derechos con que cuentan los pasajeros de transporte aéreo en el Código Aeronáutico:

a) *Lesión o muerte*: establece la responsabilidad del transportador por lesión o muerte del pasajero cuando el daño haya sido ocasionado por un “accidente” ocurrido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque (art. 139).

b) *Destrucción, pérdida o avería del equipaje*: El art. 140, CA, impone la responsabilidad a la compañía de aeronavegación por los daños y perjuicios ocasionados en casos de destrucción, pérdida o avería de equipajes registrados, cuando el hecho que originó el daño haya ocurrido mientras el transportador haya tenido bajo su custodia dicho equipaje.

c) *Retraso*: Conforme lo dispone el art. 141 del CA el transportador es responsable por los daños resultantes del retraso en el transporte de pasajeros, equipajes o mercancías.

d) *Nulidad de la cláusula eximente de responsabilidad*: El art. 146 brinda al pasajero el derecho a exigir la nulidad de cualquier cláusula cuyo objeto sea el de eximir al transportador de responsabilidad, o fijen un límite inferior al establecido por el Código.

e) *Cancelación*: El Código Aeronáutico se diferencia en este punto de los Convenios Internacionales y trata la cuestión de la cancelación del vuelo o interrupción del viaje.

Ante dichos supuestos, otorga a los pasajeros el derecho al reembolso total del precio del pasaje en caso de cancelación, o de la parte proporcional por el trayecto no realizado, así como también pone en cabeza del transportador los gastos de desplazamiento y estadía desde el lugar de aterrizaje al lugar más cercano para poder continuar el viaje, cuando este haya sido interrumpido (art. 150).

f) *Reembolso en caso de cancelación por parte del pasajero, cuando la aeronave partiese con todas las plazas ocupadas*: Si bien el Código se

ocupa de dejar sentado que el pasajero que no se presentase a tomar el vuelo o llegase a hacerlo con demora no tendrá derecho a la devolución del precio del pasaje, también establece una excepción a favor del pasajero, otorgándole el derecho al reembolso del 80% en aquellos casos en que la aeronave partiese con la totalidad de sus plazas ocupadas.

Retomando el análisis previo, resalto que si se prescinde de la interpretación literal efectuada más arriba (inaplicabilidad de las normas aeronáuticas), lo detallado en los puntos a) a f) precedentes, nos permite avizorar el alcance efectivo de la aplicación “concurrente” de los ordenamientos previstos en el art. 4º comentado.

Asimismo, es claro que cada vez que las normas no resulten simplemente complementarias sino, por el contrario, devengan opuestas en la solución brindada de acuerdo con la materia, deberá acudir al principio *in dubio pro consumidor* para resolver la cuestión.

### **II.3. Aplicación concurrente en el transporte internacional de pasajeros**

La fórmula elegida en el artículo en comentario permite la aplicación de la ley de defensa del consumidor al contrato de transporte internacional de pasajeros, toda vez que se deja de lado el principio de supletoriedad actualmente vigente, que permite aplicar la LDC únicamente cuando la cuestión no ha sido tratada en el convenio internacional. Desde este punto de vista, la protección de los usuarios del transporte aéreo internacional también ha sido ampliada.

Sin embargo, en relación al transporte internacional, no puede perderse de vista la vigencia de los tratados internacionales que obligan a nuestro país, tal como se expone seguidamente.

### **II.4. Límite indemnizatorio y daños punitivos en los tratados internacionales vs. LDC**

En el ámbito interno, tratándose tanto el Código Aeronáutico como el Estatuto del Consumidor de leyes nacionales especiales, no encuentro ningún obstáculo a que mediante la aplicación concurrente prevista en el art. 4º en análisis, puedan dictarse indemnizaciones judiciales por encima de los límites indemnizatorios del Código Aeronáutico, como así tampoco

aparece óbice alguno a la sanción de daños punitivos si concurriesen los presupuestos que la normativa de consumo establezca.

En efecto, he destacado anteriormente que la *relación de consumo* que se desarrolla en el ámbito del transporte aéreo no es objeto de materia especial aeronáutica, sino del ordenamiento consumeril.

Sin embargo, si bien los mismos argumentos son valederos toda vez que resulte de aplicación la ley argentina, entiendo que ellos no son suficientes para descartar la aplicación de los límites indemnizatorios cuando resulten aplicables los tratados de Varsovia o Montreal; ni tampoco para imponer sanción por daño punitivo cuando resulte aplicable el Convenio de Montreal (10) (aunque a mi modo de ver, los daños punitivos son procedentes si el tratado aplicable fuere el de Varsovia, toda vez que este no prevé ninguna prohibición de daños punitivos o no compensatorios).

Respecto de los daños punitivos, es dable señalar que, en el anteproyecto en comentario, aquellos han sido previstos también para el supuesto de prácticas abusivas, entre las que se especifica expresamente la sobreventa en servicios de transporte aéreo de pasajeros (arts. 26 y 27). Ante ello vale hacer nuevamente la aclaración de que si se tratase de *overbooking* (u *oversale*) en un transporte internacional que torne aplicable el Convenio de Montreal, la posible sanción de daños punitivos encontrará la cortapisa del art. 29 del citado convenio. En todo lo demás, la responsabilidad a cargo de la aerolínea se encontrará regida por la aplicación concurrente de la LDC.

---

(10) Dispone el art. 29 del Convenio de Montreal: "En el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga, toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente convenio, sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. En ninguna de dichas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria".

En consecuencia, en la medida en que resulten aplicables los tratados internacionales de Montreal o Varsovia, regirá la limitación de la responsabilidad de las compañías de transporte aéreo, salvo, claro está, que dichos convenios no superen el control de constitucionalidad al que están sujetos.

En tal sentido, debemos recordar que la constitucionalidad de los topes indemnizatorios ya ha sido largamente cuestionada (11), y en lo que respecta al transporte aéreo con contundencia y claridad absoluta Lorenzetti bien ha señalado que *la cuestión jurídica es entonces, la ausencia de fundamentos serios para mantener el límite a la reparación, cuando la actividad no tiene ya los márgenes e inseguridad que tenía en sus inicios* (12).

## ***II.5. La competencia de las autoridades de aplicación***

El art. 4º, *in fine*, del anteproyecto en análisis, señala que al transporte aéreo *se aplica el Código Aeronáutico, los Tratados Internacionales de los que la Argentina sea parte, y esta ley, de modo concurrente y de acuerdo a su materia, criterio que se proyecta a la competencia de las autoridades de aplicación*.

La redacción resulta del todo clara a mi entender, e insisto en que una interpretación literal de la misma equivale en la práctica a la "inaplicabilidad" de las normas aeronáuticas (Código Aeronáutico y tratados), toda vez que la materia conformada por la relación de consumo es regulada por la ley de defensa del consumidor exclusivamente, y lo mismo ocurre con su autoridad de aplicación. En tal sentido, ningún reclamo de un pasajero aéreo ante la ANAC (13) obtendrá un resultado satisfactorio

---

(11) Ver entre otros: MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (violatorios de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales)", en *Revista de Derecho de Daños*, 2001-1-125; PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad Civil*, ps. 514 y ss.), citados por la CNCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 1/3/2012, "Caparro, Mirta G. c. Blanchod, M. y otros s/ daños y perjuicios".

(12) LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, cit.

(13) Administración Nacional de Aviación Civil es la autoridad aeronáutica creada por dec. 239/2007.

por falta de competencia de aquella, quien se limitará en el caso a evaluar la posible sanción a su controlada (la aerolínea).

Vale decir, la competencia de las distintas autoridades de aplicación (de la aviación civil y de defensa del consumidor) es definida legalmente, no existe necesidad de “proyectar” el criterio de aplicación de la ley a las competencias. Al revés, si lo que se quiere es definir la “materia” haciéndola coincidir con el ámbito de competencias de las autoridades de aplicación, es claro entonces que no será jamás de aplicación la normativa aeronáutica en el reclamo de un pasajero (la autoridad de aplicación aeronáutica es la ANAC y esta no tiene competencia respecto de la relación de consumo (14)).

### III. Conclusiones

La protección de los pasajeros del transporte aéreo mediante el mismo régimen tuitivo que rige respecto del resto de los usuarios de servicios es una deuda pendiente que a la luz del proyecto en análisis comienza a saldarse.

No tengo dudas de que abandonar el sistema de aplicación supletoria del actual art. 63, LDC, importará un hito relevante en la protección de los pasajeros. Respecto al camino elegido para ello, distinto a la eliminación lisa y llana del art. 63 que había sancionado por el Congreso de la Nación en el año 2008 (objeto luego del veto presidencial), el anteproyecto incorpora (probablemente inspirado en el principio de diálogo de fuentes receptado en su art. 28 y en el nuevo Código Civil y Comercial) un sistema de aplicación “concurrente” de normas aeronáuticas y de consumo “de acuerdo con su materia”.

(14) Dec. 239/2007, art. 1°: “Créase en el ámbito de la Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC), quien será la Autoridad Aeronáutica Nacional y ejercerá como organismo descentralizado, las funciones y competencias establecidas en el Código Aeronáutico (Ley 17.285), en la Ley Nro. 19.030 de Política Aérea; en los Tratados y Acuerdos Internacionales, leyes, decretos y disposiciones que regulan la aeronáutica civil en la República Argentina”.

Tal como he expresado en II.5, entiendo que la redacción puede ser no del todo clara cuando se refiere a que la aplicación concurrente se hará “de acuerdo con su materia”, puesto que como me he ocupado de señalar, la materia de consumo es exclusiva de la normativa consumeril. En consecuencia, quedaría vacía de contenido la remisión al Código Aeronáutico y los Tratados Internacionales si estos no pudieran aplicarse por regular la materia aeronáutica y no la de relación de consumo.

No obstante, tampoco puede perderse de vista que, en un futuro, la modificación del Código Aeronáutico pueda brindarle mayor eficacia al sistema establecido en el anteproyecto en cuestión. Me refiero al hecho de que existen una cantidad de situaciones en el transporte aéreo que no son tratadas específicamente en el Código Aeronáutico, pero podrían serlo mediante una futura reforma, aun así en ningún caso el tratamiento que se le dé podría importar un menoscabo a la protección que otorga la ley especial de la materia.

Por otra parte, si lo que se ha perseguido ha sido mantener o armonizar la aplicación de los tratados internacionales, tampoco considero adecuado efectuar la remisión por la “materia”, ya que esta en los convenios internacionales sigue siendo la regulación de la aeronáutica civil y no la relación de consumo. En tal sentido, podría acudirse a un conector que involucrara el ámbito de aplicación territorial.

En opinión personal, considero que sería prudente dotar de mayor claridad la redacción del art. 4º, *in fine*, omitiendo la remisión a la materia. Asimismo, entiendo adecuado diferenciar el tratamiento según se trate de transporte aéreo nacional o internacional. De tal manera, toda vez que es posible efectuar la aplicación de la normativa consumerista al transporte aéreo nacional (hoy regido por el Código Aeronáutico y supletoriamente por la LDC), sería conveniente —a mi modo de ver— que el nuevo ordenamiento consumeril estableciese su aplicación directa al transporte aéreo interno y complementaria al transporte aéreo internacional.

# Los profesionales liberales ante el derecho del consumidor. Comparación entre el régimen vigente y el propuesto

---

DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS (\*)

## I. Introducción

En este trabajo se intentará analizar en detalle la situación en la cual se encuentran los profesionales liberales ante las normas de defensa del consumidor, tema que constituye uno de los más controvertidos hoy en nuestra materia.

---

(\*) Doctorando en Derecho (UBA) —culminado, con tesis actualmente en elaboración sobre Derecho del Consumidor y *Behavioral Law & Economics*—. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF) —tesis aprobada con recomendación de publicación—. Magíster en Derecho Empresario (ESEADE) —tesis calificada como sobresaliente *cum laude* con recomendación de publicación—. Ex profesor titular de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia (Univ. Austral). Ex profesor titular de Concursos y Quiebras (Univ. Torcuato Di Tella). Ex profesor adjunto a cargo de Derecho Empresario (Facultad de Ciencias Empresariales, Univ. Austral). Ex profesor adjunto de Derecho de las Obligaciones (Univ. Austral). Profesor adjunto de Derecho de Daños (Univ. Austral). Ex coordinador del área de Derecho (Facultad de Ciencias Empresariales, Univ. Austral). Profesor de posgrado en distintas universidades argentinas y del exterior. Ex subdirector de la Maestría en Derecho Empresario (ESEADE). Ex director de la Diplomatura Anual en Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia de (ESEADE). Ex director del Programa de Posgrado “Derecho del Consumidor y Empresa” (Univ. Austral). Ex director del “Observatorio Jurisprudencial del Código Civil y Comercial” (Colegio de Abogados de San Isidro). Autor de varios libros y de más de sesenta artículos de doctrina publicados en distintas revistas especializadas argentinas y en el exterior. Disertante en congresos, jornadas y eventos académicos nacionales e internacionales en más de doscientas ocasiones. Gerente de Contenidos de Thomson Reuters - La Ley.

Para ello se pondrá el foco no solo en el texto del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor —ALDC— (art. 4º, segundo párrafo)(1), sino también en el régimen legal vigente de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), en la inteligencia de que la solución que contiene el Anteproyecto guarda evidente similitud con la derivada del art. 2º, segundo párrafo, de la actual Ley de Defensa del Consumidor(2), aun-

---

(1) Art. 4º, ALDC: “Proveedor. Es la persona humana o jurídica, de naturaleza pública o privada, que actúa de modo profesional, aun ocasionalmente, desarrollando actividades de producción, prestación de servicios, montaje, creación material o intelectual, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución, comercialización o transporte, destinadas a consumidores o usuarios.

“No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello. La exclusión no alcanza al régimen de publicidad, a las prácticas abusivas, a su actividad comercial o a toda otra ajena a su incumbencia profesional. Ante la presentación de denuncias que no se vincularen a los temas alcanzados por esta ley, la autoridad de aplicación informará al denunciante sobre el ente que controle la matrícula respectiva, a los efectos de su tramitación.

“Al transporte aéreo se aplica el Código Aeronáutico, los Tratados Internacionales de los que la Argentina sea parte, y esta ley, de modo concurrente y de acuerdo a su materia, criterio que se proyecta a la competencia de las autoridades de aplicación” (el resaltado me pertenece).

(2) Art. 2º, LDC: “Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transfor-

que con algunas diferencias que se irán resaltando a lo largo de este artículo.

## II. Los profesionales liberales y el derecho del consumidor

Como una primera aproximación a la regulación de los profesionales liberales se puede citar al Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) que, en su art. 1768, expresa que “la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer”. Luego agrega que “la responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto”. Aclara que cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida por las normas que regulan la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades, excepto que causen un daño derivado de su vicio. Por último, no considera a la actividad del profesional liberal como una actividad riesgosa (3).

mación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

*“No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”* (el resaltado me pertenece).

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley Nº 26.361 BO 7/4/2008).

(3) El Anteproyecto de Reformas al Cód. Civ. y Com. de 2018 propone sustituir el texto del art. 1768 por el siguiente: “Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad por incumplimiento de sus deberes ante el beneficiario de su tarea es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado. Respecto de terceros, se aplican las reglas generales, según la naturaleza de la actividad y las cosas eventualmente empleadas en su tarea.

“En el caso de los profesionales de la salud, cuando la obligación se preste con cosas, su responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. Esta actividad no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1758”.

Advierte con razón Juan Farina (4) que la definición de profesionales liberales no es precisa, aunque los usos y costumbres en nuestro país las han identificado con aquellas que requieren la previa obtención de un título universitario.

Dicho eso, se observa que la LDC excluye de su ámbito a los profesionales liberales “que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello”. El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (ALDC) también prevé en su art. 4º una exclusión de alcance más o menos similar, aunque con algunas diferencias que se resaltarán más adelante.

Carlos Tambussi (5) considera correcta la exclusión, pues opina que, de lo contrario, los profesionales liberales deberían responder bajo parámetros objetivos con base en el art. 40, LDC, e incluso se podría imponer responsabilidad solidaria a procuradores y gestores que actúen junto a los abogados, por ejemplo. Considera que ello contrariaría la naturaleza de las obligaciones de los profesionales que son de medios como antes se vio.

Roberto Vázquez Ferreyra y Oscar Romera (6) se han pronunciado de acuerdo también con la exclusión, expresando que “se justifica en razón de que estas profesiones por lo general están regladas, y sometidas a normas éticas y deontológicas, sometidos sus integrantes a controles por tribunales específicos (ej.: abogacía, medicina, contadores, etc.)”.

Dante Rusconi (7), por su parte, afirma que “cabría preguntarse si la incorporación de estas actividades al régimen de defensa del consumidor implicaría, en verdad, inmiscuirse en la reglamentación del ejercicio profesional,

(4) FARINA, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 114.

(5) TAMBUSI, Carlos E., *Juicios y procesos de consumidores y usuarios*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 255.

(6) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - ROMERA, Oscar E., *Protección y defensa del consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 7.

(7) RUSCONI, Dante D., “Nociones fundamentales”, en RUSCONI, Dante D. (dir.), *Manual de Derecho del Consumidor*, 2ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, p. 219.

ámbito que comprende, básicamente, el control de la matrícula y la vigilancia de las normas de ética y disciplinarias". Esto porque, recuerda el autor, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la reglamentación de las profesiones liberales constituye una atribución de las provincias.

A nivel jurisprudencial se resolvió que, si el demandado es un médico cirujano, no se aplica la LDC, pues la situación se encuadra en el art. 1768, Cód. Civ. y Com., referido a profesiones liberales y en donde la responsabilidad es de carácter subjetivo, salvo que el sujeto se haya obligado a obtener el resultado perseguido (8).

Más allá de esto, no han sido pocos los autores que consideran que la exclusión legal de los profesionales liberales es una solución normativa incorrecta (9).

Así, Carlos Ghersi ha señalado que la exclusión no hace más que reflejar una actitud netamente corporativa, que solo atiende a intereses mezquinos. También expresaba que se está ante una excepción arbitraria, ilegítima y carente de fundamento social (10).

Jorge Mosset Iturraspe (11), en línea similar, resalta que la solución legal "tiene un tinte 'corporativista' de defensa de ciertas profesiones, consideradas privilegiadas o muy representativas de la 'sociedad burguesa' y, por ende, dignas de protección". Agrega que la reforma de 2008, al mantener la exclusión de estas per-

sonas del ámbito de aplicación de la LDC, "es la prueba de un apego excesivo a la tradición jurídica, de rendirse ante una solución que aunque sea clásica aparece como injusta; que aunque provenga de Domat y del Código de los franceses, no se compadece con la realidad de los servicios profesionales universitarios en los tiempos actuales".

Ernesto Wayar (12), por su parte, ha sostenido que la exclusión quizás se deba a que la correcta prestación de dichos servicios se encuentra protegida por la sujeción del profesional a un colegio que le impondrá normas éticas e instituirá una correspondiente autoridad para hacerlas cumplir. No obstante, afirmaba que dicha razón no lo convencía, ya que, por ejemplo, quienes venden productos alimenticios, se encuentran regidos por un conjunto de preceptos y órganos encargados de que sean observadas, y no por ello se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la LDC.

Marcelo Gobbi plantea un original aporte desde el derecho de la competencia señalando que además de existir una indudable relación de consumo entre abogados y sus clientes, la existencia de honorarios o aranceles mínimos vulnera la normativa *antitrust* (13), coincidiendo así con la postura que emana de la Comisión Europea que viene mirando este tema con preocupación poniendo el foco no solo en los abogados sino también en otras profesiones con esquema existentes de "precios mínimos".

En una especie de posición intermedia, Luis Sáenz (14) considera que, si bien la inclusión de los profesionales liberales en la LDC no es imposible, ello debería hacerse respetando las particularidades de estas actividades, tal como sucede con la normativa brasileña (15). Entre

(8) CNCiv., sala M, 3/7/2018, "Murguía, Adriana Gabriela c. Imaginai SRL s/daños y perjuicios", RCYS 2018-XII-140.

(9) Se han pronunciado expresamente en contra, entre otros, HERNÁNDEZ, Carlos A., "Los contratos de consumo: algunas tendencias actuales", en ARAYA, Miguel C. - BERGIA, Marcelo R., *Derecho de la Empresa y del Mercado*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 77, y JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos A. - GARZINO, María Constanza - HEREDIA QUERRO, Juan Sebastián, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, p. 49.

(10) GHERSI, Carlos A., "Los profesionales y la Ley del Consumidor (A propósito de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)", JA 1996-I-839.

(11) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Análisis introductorio", en MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 15 y ss.

(12) WAYAR, Ernesto C., *Tarjeta de crédito y defensa del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 85.

(13) GOBBI, Marcelo, "Honorarios mínimos, consumo y competencia", LL 2018-C-1189.

(14) SÁENZ, Luis R. J., "Los profesionales liberales y la Ley de Defensa del Consumidor", en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, ps. 101 y ss.

(15) Se informa al lector que el Código de Defensa del Consumidor (CDC) brasileño, si bien incluye a los

esas peculiaridades resalta que las obligaciones de estos profesionales muchas veces son de medios y que la LDC, tal como está estructurada hoy, no logra captar las características que exhiben las actividades desarrolladas por profesionales liberales.

Si bien ya me ocupé de esto en alguna ocasión anterior (16), no puedo dejar de manifestar que la exclusión de los profesionales liberales viola la garantía de igualdad ante la ley (art. 16, Constitución Nacional (17)), tratándose de un privilegio inadmisibles que requiere urgente corrección, la cual lamentablemente no ha ocurrido con la revisión de la LDC que efectuó el Cód. Civ. y Com., que, si bien sustituyó el texto de algunos preceptos de la LDC, no modificó ni suprimió el segundo párrafo del art. 2º de dicha ley (18). Tampoco ocurre con el ALDC.

profesionales liberales dentro de su ámbito, aclara que su responsabilidad se evalúa bajo el parámetro de la culpa (art. 14.4, ley 8078 de Brasil —*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, última reforma: ley 13.425 del 30/3/2017—).

(16) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “¿Profesiones liberales o privilegiadas?”, *Compendio de Jurisprudencia, Legislación y Doctrina*, nro. 15, enero-febrero de 2008, Errepar, p. 219.

(17) Art. 16, Constitución Nacional: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

(18) Como simple curiosidad cabe resaltar que el art. 1093 del Cód. Civ. y Com., al definir al contrato de consumo y caracterizar indirectamente al proveedor se refiere a la prestación de servicios sin efectuar exclusión alguna respecto de los profesionales liberales. Cabe preguntarse si a través de la invocación del principio de norma más favorable (conf. arts. 3º LDC, y 1094, Cód. Civ. y Com.) un consumidor vinculado con un profesional de esas características no podría plantear que este último quede obligado a cumplir con las normas consumeriles. Se deja planteada la inquietud para desarrollos doctrinarios posteriores. Amén de lo dicho, cabe recordar que incluso, como ya lo señalaba Piero Calamandrei hace muchos años, existe una tendencia creciente en los abogados en particular (y los profesionales liberales en general, agrego) de llevar adelante formas de ganancias adicionales mediante actividades que son extrañas a su profesión. CALAMANDREI, Piero, *Demasiados abogados*, Victoriano Suárez, Madrid, 1926, p. 93.

Martín Sigal se pregunta también si el art. 1093, Cód. Civ. y Com., no implica una derogación tácita del art. 2º,

La exclusión es sorprendente, sobre todo por el espíritu abarcativo que inunda a la definición legal de proveedor, la cual engloba prácticamente a toda actividad económica desarrollada con fines de lucro.

La irrazonabilidad resulta patente cuando, recorriendo el articulado de la LDC, se advierte que solo dos grandes actividades se encuentran eximidas de cumplir la ley: los profesionales liberales y el transporte aéreo (aunque en este último caso se permite su aplicación supletoria como se verá al analizar el art. 63, LDC).

El argumento referido a la suficiencia del sometimiento de estos profesionales al control de la matrícula o de la autoridad específica de contralor no tiene sentido, pues si se actuara con ese criterio en las distintas industrias (seguros, bancos, medicina prepaga, etc.), un sinnúmero de actividades quedarían sometidas a una pretendida “doble regulación” y de esta manera la LDC se quedaría prácticamente sin sujetos obligados a su cumplimiento, lo cual sería un contrasentido.

Resulta oportuno cerrar este apartado recordando ciertos antecedentes históricos con respecto a quienes desempeñan profesiones

LDC, suprimiendo, en consecuencia, la exclusión de los profesionales liberales de las normas de la LDC. Concluye que no, pues para este tipo de derogaciones el criterio a sostener debe ser siempre restrictivo, en consonancia con el criterio de la CSJN (Fallos 150:150). SIGAL, Martín, “Comentario al art. 1093”, en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 723. En similar sentido: LOVECE, Graciela, “Comentario al art. 1093” en CALVO COSTA, Carlos A. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Concordado, Comentado y Comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 146. Sobre el punto merece citarse también una interesante postura de Liliana Schwartz. Dice la autora que la amplitud e imprecisión del art. 1093, Cód. Civ. y Com., produce como efecto la supresión parcial del segundo párrafo del art. 2º, LDC, en virtud de los arts. 3º, LDC, 1093 y 1094, Cód. Civ. y Com., aunque aclara (en posición controvertida que no comparto) que solo está obligado a cumplir con las obligaciones que emanen del contrato de consumo (regulado por aquel precepto) mas no con obligaciones que no surjan de él como considera que son, por ejemplo, las relacionadas con el trato digno. SCHWARTZ, Liliana, *Derecho del consumidor: según la ley 24.240 y el Código Civil y Comercial*, García Alonso, Buenos Aires, 2016, p. 49.



liberales. Traer dichas épocas a los tiempos actuales no es algo superfluo o caprichoso; al contrario, permitirá observar el gran contraste existente entre la manera como estaban reguladas esas profesiones en aquellos momentos y cómo se encara su tratamiento legal hoy en día.

Es realmente destacable que, en Roma, por ejemplo, quien ejercía una profesión de las hoy llamadas liberales, no cobraba ninguna retribución por dicho servicio. Por el contrario, era una labor que otorgaba gran dignidad a quienes las llevaban a cabo, lo que compensaba con creces el carácter de gratuidad económica de la prestación. Como bien señala Edgardo López Herrera (19), lo que estaba en juego era el honor del profesional. Es por ello que hoy en día es muy utilizada la palabra “honorarios” para denominar a la retribución que se obtiene por la prestación de dichos servicios.

Por supuesto que se deben poner las cosas en su justa medida y expresar también que quienes desempeñaban estas actividades se hallaban entre las personas integrantes de las esferas sociales y económicas más altas, lo que, sin duda, permitía darse el “lujo” de no cobrar por los trabajos realizados.

Lo antes manifestado sirve simplemente para recordar una obviedad: si bien nadie exige que se trabaje *ad honorem* como en la antigua Roma, resulta esencial un desempeño de actividades bajo el mayor grado de diligencia posible. Y permitir que las profesiones liberales sean reguladas por las normas de defensa del consumidor puede ser conducente para ello.

### III. Requisitos para la exclusión del ámbito de aplicación de las normas de derecho del consumidor

Los profesionales excluidos de las normas de defensa del consumidor deben cumplir necesariamente distintos requisitos que a continuación se enumerarán. Todos ellos deberán ser interpretados de manera restrictiva, en atención a que la exclusión constituye una excepción al principio general de que todo proveedor de servicios está incluido en la ley.

(19) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Manual de Responsabilidad Civil*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 654.

1. En primer lugar, debe tratarse de profesionales liberales.

Javier Wajtraub (20) señala que los profesionales liberales son aquellas personas que reúnen dos requisitos: poseen título universitario y trabajan de manera independiente.

Ello lleva a preguntarse qué sucede cuando el profesional desempeña su actividad, no de manera independiente, sino valiéndose de una organización empresarial (aun cuando sea pequeña) (21).

La mayoría de la doctrina afirma que la exclusión cede en estos supuestos (22). Al respecto se ha explicado que los profesionales liberales estarán excluidos en la medida en que sus habilidades y capacidades no resulten delegables en terceros. Cuando se produce esa delegación, nace un proveedor de servicios ordinario previsto en el primer párrafo del art. 2º, LDC (23).

(20) WAJTRAUB, Javier H., *Protección jurídica del consumidor*, LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2004, AP 3201/000704.

(21) Este tema tiene que ser mirado con mucha atención por los profesionales del derecho, pues es más que habitual que ejerzan su función “asociándose” con otros abogados, por ejemplo, sin darse cuenta de que ello generaría el “topaje empresarial” que haría dejar de lado la exclusión legal. La cuestión adquiere más importancia aun, al constatar que culturalmente en Argentina (vaya a saberse la razón) esas alianzas no suelen formalizarse mediante un tipo societario adecuado, sino que son más bien “de palabra” lo que hace que sus integrantes respondan solidaria e ilimitadamente por las acciones llevadas adelante por el “estudio jurídico”.

(22) Se han pronunciado expresamente por esta postura, entre otros, WAJTRAUB, Javier H., *Régimen Jurídico del Consumidor comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 29; LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 115, y CARRANZA TORRES, Luis R. - ROSSI, Jorge O., *Derecho del Consumidor*, Alveroni, Córdoba, 2009, p. 37. Bajo la vigencia del actual Código hay autores que agregan que su art. 1093 otorga mayores argumentos para sostener esta posición, pues dicho precepto, al mencionar como proveedor a la “empresa”, daría lugar a que los profesionales liberales que desempeñan su actividad bajo la forma de empresa puedan ser captados por las normas consumeriles. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Comentario al art. 1093”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V., p. 808.

(23) FARINA, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, cit., p. 115. En línea similar se ha resuelto que cuando el corredor inmobiliario no se desempeña en su

Lógicamente, cuando el profesional se vale de una estructura empresaria, no solo él queda incluido en la LDC, sino que también la empresa de prestación de servicios que integra deberá responder por sus actos. En tal sentido, se puede citar la solución dada por la ley peruana, al ocuparse específicamente de los productos y servicios de salud, que expresa que los establecimientos de salud responden solidariamente por “los actos de los profesionales que de manera independiente desarrollen sus actividades empleando la infraestructura o equipos del primero, salvo que el servicio haya sido ofrecido sin utilizar la imagen, reputación o marca del referido establecimiento y esa independencia haya sido informada previa y expresamente al consumidor” (24).

El ALDC en su art. 4º, 2º párr. estrecha el alcance de la exclusión, ya que expresa que, si bien no hace referencia al ejercicio con estructura empresaria, recalca que la actividad comercial del profesional queda sujeta a las normas de defensa del consumidor, agregando una válvula de cierre que puede ser útil en estos casos también señalando que tampoco habrá exclusión cuando se lleve adelante toda actividad ajena a su incumbencia profesional. Aquí será clave interpretar el alcance de las “incumbencias” en cada profesión, pues en algunas de

función específica de intermediación entre partes, sin representación de ninguna de ellas, sino como verdadero prestador profesional de servicios, suscribiendo los contratos por sí mismo, con mandato del propietario del inmueble, se está frente a un proveedor en los términos del art. 2º, LDC, sin que el empresario pueda ampararse en la excepción del segundo párrafo de dicha disposición. CCircuito Santa Fe, 27/10/2016, “Santonja, Diego Martín y Otra c. Atilio O. Salas Inmobiliaria S.R.L. s/sumarísimo”, LL Online, AR/JUR/107821/2016.

(24) Art. 68.2, ley 29.571 de Perú (Código de Protección y Defensa del Consumidor, última reforma: ley 30.908 del 23/1/2019).

Respecto de los profesionales de la salud que forman parte de la “cartilla” de las empresas de medicina prepaga se ha dicho que no pueden invocar la exclusión prevista en el art. 2º, LDC, ya que dichos profesionales en sí mismos poseen una organización empresarial intermedia entre la empresa de medicina prepaga y el paciente y además “son un ‘insumo’ en la organización del sistema y estructura de las empresas de medicina prepaga”. GHERSI, Carlos A. - WEINGARTEN, Celia, *Tratado de regulación de la empresa de medicina prepaga*, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 281 y ss.

ellas son muy amplias mientras que en otras muy estrictas y concretas. A ello hay que sumar que es común también que existan “incumbencias *de facto*” que culturalmente se acostumbra que pertenezcan al mundo de determinados profesionales pero que, a rigor de verdad, no constituyen una incumbencia en el sentido técnico del término.

Por otro lado, todos aquellos profesionales que no sean universitarios deberían quedar incluidos en las normas de defensa del consumidor por no poder invocar la excepción prevista. En tal sentido, cabe recordar el caso jurisprudencial de un productor de seguros que fue multado por un incumplimiento frente a un asegurado (25).

Sin embargo, algún sector de la doctrina sostiene que los profesionales que no tienen título universitario sino terciario también están excluidos de la LDC, porque ello se encuentra implícito en la excepción prevista para los profesionales universitarios (26).

En tal sentido, es oportuno traer al presente una sentencia del año 2011 en donde se expresó que el constructor matriculado que suscribe el plan de obra para su aprobación por los organismos pertinentes merece, pese a no poseer título universitario, ser incluido en la excepción que prevé el segundo párrafo del art. 2º, LDC. Agregaron los jueces que excluir de la excepción a los matriculados sin título universitario llevaría al absurdo de responsabilizar a los maestros o profesores que enseñan a alumnos particulares, a los masajistas, manicuras, etcétera (27).

Se trata de una interpretación extensiva de una excepción que no tiene respaldo legal.

2. Necesidad de matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello.

(25) CApel. Noreste Chubut, sala A, 21/8/2003, “Fuentelba Ibáñez, Leopoldo c. Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. y/o Rey, Marcelo”, LL Patagonia, 2004 (mayo), p. 360.

(26) FARINA, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, cit., p. 115.

(27) CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala II, 12/7/2011, “Del P., J. R. C. M., C. A. y otros”, APBA, 2012-1-67.

En opinión que no comparto, Farina(28) advierte que la exclusión abarca también a los profesionales que no estén matriculados, en la medida en que la profesión en cuestión requiera matriculación. Señala que, de lo contrario, se daría la incongruencia de que el abogado que emite un dictamen en una jurisdicción en la cual no se encuentra matriculado debería responder como proveedor en los términos de la LDC (29).

Agrega este autor que se debió haber previsto la exclusión para profesionales habilitados para actuar, pues lo relativo a la matriculación puede originar confusiones(30).

Sin perjuicio de la exigencia del control de matrícula, acertadamente expresan Graciela Pine se y Pablo Corbalán que ese control “no se traduce en modo alguno en tutela del consumidor o usuario, sino que, por el contrario, atañe a otras cuestiones intrínsecamente relacionadas a la profesión que se trate y su efectivo ejercicio” (31).

#### **IV. Observancia de las normas que regulan la publicidad**

Aun cuando el profesional liberal puede invocar a su favor la exclusión del régimen, ello no podrá ocurrir respecto de la publicidad que haga de sus servicios(32).

---

(28) FARINA, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, cit., p. 114.

(29) En contra de esta posición también: WAJNTRAUB, Javier H., “Régimen...” cit., p. 29.

(30) FARINA, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, cit., p. 115.

(31) PINESE, Graciela G. - CORBALÁN, Pablo S., *Ley de Defensa del Consumidor*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, p. 76.

(32) Un matiz interesante sobre el alcance de la aplicación de las normas de defensa del consumidor a los profesionales liberales cuando publicitan sus servicios lo aporta Jorge Rossi quien señala que “si la LDC se aplica al contrato de prestación de servicios médicos, la LDC también se incorpora a dicho contrato”. ROSSI, Jorge O., *Derecho de Consumidores y Usuarios*, Edic. D&D, Buenos Aires, 2017, p. 66.

Según Wajntraub(33), “la realización de publicidad importa una suerte de sometimiento voluntario del profesional al régimen protectorio especial de los consumidores, aunque corresponderá distinguir el contenido del anuncio, no alcanzando para involucrar al profesional en el marco de la ley 24.240 el solo hecho de realizar mensajes de carácter meramente informativos. Será necesario por ende una publicidad relativa a características especiales de la prestación, que puedan además ser diferenciadas de las comunes a la actividad”.

Se ha ejemplificado que, en el caso de abogados recién graduados, hacer publicidades invocando el carácter de “especialista” en tal materia violaría la ley(34).

En un caso se condenó a un odontólogo por valerse de publicidad engañosa para captar clientes incautos(35).

A lo dicho simplemente agrego que el profesional liberal hoy cuenta con cada vez mayor cantidad de canales a través de los cuales puede publicitar sus servicios (página *web* personal, redes sociales, *blogs*, aplicaciones en *smartphones*, etc.) e interactuar con potenciales interesados en la prestación de ellos. En los hechos, sucederá que, por la dinámica de su actividad diaria, muchas veces y sin darse cuenta, estará intentando seducir clientes en espacios virtuales de acceso público y quedará obligado, por lo tanto, en los términos de la LDC por esa publicidad.

El ALDC en su art. 4º, 2º párr., mantiene la solución legal del art. 2º, 2º párr., de la LDC, pero la potencia al agregar que, además de la publicidad, quedará dentro del esquema consumeril todo lo referido a las prácticas abusivas (tan asociadas a la publicidad o difusión de servicios profesionales), a la actividad comercial (con toda la amplitud y variantes que el concepto abarca) y a toda actividad ajena a la incumbencia del profesional (esto fue abordado en el apartado anterior).

---

(33) WAJNTRAUB, Javier H., “Análisis exegético de la ley”, cit., en MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor*, cit., p. 52.

(34) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - ROMERA, Oscar E., *Protección y defensa del consumidor*, cit., p. 15.

(35) CNCiv., sala G, 13/3/2007, “Degleue, Cynthia L. c. T., A.”, RCyS 2007-973.

## V. Aplicación de sanciones a profesionales liberales que violen la obligación de trato digno y equitativo

Otra excepción a la exclusión de los profesionales liberales a la LDC que no está suficientemente estudiada podría estar dada por el hecho de la violación del art. 8º bis, LDC, por parte de estos sujetos, cuando actúan en nombre de proveedores.

Al respecto, se ha manifestado que “la norma no requiere que quien actúe en nombre del proveedor deba ser también considerado proveedor en los términos de la ley 24.240. En este sentido es dable destacar que, por ejemplo, si un abogado efectúa por cuenta y orden de su cliente un reclamo de deuda extrajudicial relativo a una relación de consumo con apariencia de reclamo judicial; y/o un médico denigra a su paciente en el marco del servicio prestado a través de una empresa de medicina prepaga (conductas que la norma califica como antijurídica); serán solidariamente responsables en los términos del art. 8º bis” (36).

El supuesto está previsto en el ALDC dentro del esquema de protección, pues las prácticas abusivas reciben el mismo tratamiento que la publicidad de los servicios profesionales (art. 4º, 2º párr., ALDC).

Lo abordado en este punto es de mucha importancia, pues pone a muchas faltas de los profesionales (lamentablemente habituales, por cierto) en el esquema de responsabilidad establecido por las normas de defensa del consumidor.

## VI. El profesional liberal que comercializa bienes en el marco de su actividad

Otro supuesto en el cual el profesional liberal quedará incluido dentro de la LDC se dará cuando comercialice bienes en el marco de su actividad.

En esa dirección se puede encontrar un caso en donde se sancionó a un veterinario por vender un animal sin informar al consumidor los planes de vacunación, enfermedades, contraindicaciones y demás datos indispensables para su cuidado. Se argumentó que no correspondía la exclusión del art. 2º, LDC, ya que el vínculo con el cliente era de carácter comercial y no se relacionaba con el ejercicio de su profesión (37).

En otro antecedente semejante se consideró incumplido el deber de información y de seguridad por incumplimiento del servicio de guardería en una veterinaria respecto de la muerte de un perro que fue dejado enfermo y con indicaciones de suministrársele remedios mientras su dueño se iba de vacaciones. Para aplicarse la LDC, se dijo que no procedía la exclusión de profesionales liberales del art. 2º, LDC, sino que se trató de la contratación del “servicio de guardería”, que consistía en mantener y cuidar el animal hasta la finalización del contrato, pactándose de antemano un precio diario sin concertarse atención médica veterinaria del animal a fin de su curación o de diagnóstico, sino su mera estancia y cuidados (38).

En consonancia con esto, la actividad comercial del profesional está prevista en el ALDC dentro del esquema de protección consumeril (art. 4º, 2º párr., ALDC).

## VII. El profesional liberal en el derecho comparado

Dado que se trata de uno de los temas más polémicos de la actual LDC, se enunciarán algunas de las soluciones del derecho europeo y latinoamericano respecto de la inclusión, exclusión u omisión de la figura del profesional liberal como proveedor en los términos de las leyes de protección a los consumidores.

Luego de reseñar las normas vigentes en cada jurisdicción, se intentará descubrir si existen tendencias que predominen más hacia

(36) QUAGLIA, Marcelo C., “Salideras bancarias: ¿Responsabilidad de las entidades financieras?”, LL 2013-F-333. En similar sentido: HERNÁNDEZ, Carlos A., “Relación de consumo”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 430.

(37) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 6/5/1999, “Poggi, José María Federico c. Secretaría de Comercio e Inversiones”, ED 189-471.

(38) C4ª Civ. y Com. Córdoba, 27/5/2014, “F., L. A. c. C., G. A. y otros/ordinario - otros - recurso de apelación”, LL Online, AR/JUR/32058/2014.

la exclusión, la inclusión o la omisión normativa de la cuestión.

Se comenzará por el continente europeo.

1. En la normativa comunitaria emanada de la UE, las definiciones de proveedores (denominados “profesionales” o “comerciantes”) tienen características manifiestamente abarcativas ausentándose en ellas, por lo tanto, todo ánimo excluyente respecto de los llamados profesionales liberales. Cabe citar, v.gr., las directivas 93/13/CEE, referida en páginas anteriores, sobre “Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” (39), 2005/29/CE sobre “Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior” (40) o 2006/114/CE sobre “Publicidad engañosa y publicidad comparativa” (41).

2. La ley española, si bien distingue legalmente las nociones de empresario (42), produc-

tor (43) y proveedor (44), establece definiciones amplias para cada uno de estos casos.

3. En Alemania, el BGB (§ 14.1) se pronuncia por una solución de alcance amplio que pareciera no dejar lugar a dudas a exclusiones de los profesionales liberales.

En tal sentido, identifica a los empresarios como personas físicas o jurídicas que celebran negocios jurídicos en el marco del ejercicio de su actividad empresarial o profesional (45).

4. El *Code de la Consommation* francés, así como no daba la definición de consumidor, tampoco entregaba la de proveedor o empresario. En consecuencia, primaba una interpretación amplia del término, pues la exclusión de los profesionales liberales, al ser una excepción al principio general, debía funcionar bajo un criterio de interpretación restrictiva. Sin embargo, esto cambió con la modificación legislativa mediante la cual se decidió incluir esas definiciones. Más específicamente, el *Code* habla de “profesionales” aunque la referencia es a lo

(39) Art. 2º, directiva 93/13/CEE: “A efectos de la presente Directiva se entenderá por... c) ‘profesional’: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”.

(40) Art. 2º, directiva 2005/29/CE: “Definiciones. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por... b) ‘comerciante’: cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste...”.

Es de resaltar que en esta directiva se utiliza el término “comerciante” en vez de “profesional”, los cuales se han utilizado de modo equivalente en este caso.

(41) Art. 2º, directiva 2006/114/CE: “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por...d) comerciante: toda persona física o jurídica que actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, oficio, negocio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste...”.

Vale el mismo comentario efectuado en la nota al pie anterior.

(42) Art. 4º, Real Decreto Legislativo 1/2007 de España que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (última revisión vigente: 27 de diciembre de 2018): “Concepto de empresario. A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su

nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

(43) Art. 5º, Real Decreto Legislativo 1/2007 de España que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (última revisión vigente: 27 de diciembre de 2018): “Concepto de productor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la UE, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo”.

(44) Art. 7º, Real Decreto Legislativo 1/2007 de España que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (última revisión vigente: 27 de diciembre de 2018): “Concepto de proveedor. A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución”.

(45) § 14, BGB Alemania: “Unternehmer. 1. Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt...”.

que en la Argentina se conoce como proveedores. Los define como aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que actúan con fines comprendidos en el ámbito de su actividad comercial, industrial, artesanal, *liberal* o agrícola, incluso cuando actúen en nombre de otro profesional (el resaltado me pertenece). Es oportuno destacar que la legislación francesa distingue entre profesionales y no profesionales, considerando que éstos últimos son personas jurídicas pero que no actúan con fines profesionales, generando una suerte de tercera categoría que no se identifica con el concepto de consumidor ni con el de proveedor (46).

Se observa entonces que la norma francesa incluye expresamente al profesional liberal dentro de los sujetos obligados a cumplir con lo dispuesto en el *Code de la Consommation*.

5. El *Codice del Consumo* italiano define al proveedor de manera amplia sin exceptuar a los que en la Argentina se conocen como profesionales liberales (47).

Deteniendo la atención en Latinoamérica, se puede señalar lo siguiente:

1. El Código de Defensa del Consumidor de Brasil, si bien no excluye como proveedores a los profesionales liberales (48), prevé dentro del Código un régimen de responsabilidad diferenciado.

(46) Artículo preliminar, *Code de la Consommation* (ley 93.949 de 1993, última modificación: 2/2/2019): "Pour l'application du présent code, on entend par... - non-professionnel: toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles; - professionnel: toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, *libérale* ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel" (el resaltado me pertenece).

(47) Art. 3º, *Codice del Consumo* de Italia (decreto legislativo 206/2005, última reforma producida por el decreto 130 del 6/8/2015): "Definizioni. 1. Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende per...c) 'professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario...".

(48) Art. 3º, ley 8078 de Brasil (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, última reforma: ley 13.425 del 30/3/2017): "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem

En efecto, aunque el art. 14 de dicho cuerpo normativo comienza expresando que los proveedores de servicios responden bajo los parámetros de la responsabilidad objetiva por los daños que produzcan a consumidores, establece, en su parte final, que cuando se trate de profesionales liberales se exigirá la acreditación de la existencia de culpa como condición previa para que respondan por los perjuicios que causen (49).

Si bien la aclaración pareciera en principio superflua, la legislación brasileña excluye de su ámbito, en su art. 3º, *in fine*, los servicios derivados de relaciones laborales.

2. En Chile se adopta una posición similar a la argentina. En efecto, se excluye a las personas que ostenten título profesional y ejerzan su actividad independientemente (50).

3. La ley uruguaya no prevé ningún precepto que excluya de su ámbito a los profesionales

como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

"§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

"§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

(49) Art. 14, ley 8078 de Brasil (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, última reforma: ley 13.425 del 30/3/2017): "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos... § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

(50) Art. 1º, ley 19.496 de Chile (Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, última modificación: ley 21.062 del 8/1/2018): "Ámbito de aplicación y definiciones básicas... Para los efectos de esta ley se entenderá por:... 2.- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.

"No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente".

liberales(51) aunque establece en una disposición específica que su responsabilidad será objetiva o subjetiva dependiendo cuál haya sido la prestación asumida por aquellos (52), en una especie de variante más flexible que la dispuesta en el Código brasileño.

4. En Paraguay no están comprendidos en la ley 1334(53) “los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por la autoridad facultada para ello, pero si la publicidad que se haga de su ofrecimiento” (art. 4º, inc. d), segundo párrafo, ley 1334).

Se trata de una solución muy similar a la establecida en el 2º párrafo del art. 2º de la LDC argentina.

5. La ley 453 de Bolivia excluye expresamente del concepto de proveedor a quien ejerce una “profesión libre” (54).

(51) Art. 3º, ley 17.250 de Uruguay (Ley de Relaciones de Consumo. Defensa del Consumidor, última reforma: ley 19.355 del 19/12/2015): “Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo”.

(52) Art. 35, ley 17.250 de Uruguay (Ley de Relaciones de Consumo. Defensa del Consumidor, última reforma: ley 19.355 del 19/12/2015): “La responsabilidad de los profesionales liberales será objetiva o subjetiva según la naturaleza de la prestación asumida”.

(53) Ley 1334 de Paraguay (Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, última reforma: ley 5427 del 5/5/2015). El concepto general de proveedor en este cuerpo legal está previsto en el art. 4º: “A los efectos de la presente ley, se entenderán por:... b) Proveedor: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa...”. Al igual que en el caso brasileño, el régimen normativo paraguayo excluye también de modo expreso los servicios derivados de relaciones de trabajo (art. 4º.d, párr. 1º, ley 1334 de Paraguay -Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, última reforma: ley 5427 del 5/5/2015).

(54) Art. 5º.2, ley 453/2013 de Bolivia (Ley General de los derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores): “Proveedores. Son

6. El Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano (55) incluye dentro de la noción de proveedores a los profesionales, aunque excluye expresamente a aquellos que actúan bajo relación de dependencia al igual que en otros países latinoamericanos.

7. En Ecuador, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor 2000-21 define al proveedor de manera amplia sin excluir a los profesionales liberales (56).

las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que desarrollan actividades de producción, fabricación, importación, suministro, distribución, comercialización y otras, de productos o de prestación de servicios en general destinados directamente a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores finales. *No se considera proveedores a quienes ejercen una profesión libre*” (el resaltado me pertenece).

(55) Art. IV, ley 29.571 de Perú (Código de Protección y Defensa del Consumidor, última reforma: ley 30.908 del 23/1/2019): “Definiciones. Para los efectos del presente Código, se entiende por:... 4) Servicio. Es cualquier actividad de prestación de servicios que se ofrece en el mercado, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguros, previsionales y los servicios técnicos y profesionales. No están incluidos los servicios que prestan las personas bajo relación de dependencia...”.

A su vez, el art. IV también preceptúa, de manera muy detallada, la figura del proveedor: “Definiciones. Para los efectos del presente Código, se entiende por:... 2. Proveedores. Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a: 1. Distribuidores o comerciantes. Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público. 2. Productores o fabricantes. Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores. 3. Importadores. Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional. 4. Prestadores. Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores...”.

(56) Art. 2º, ley 2000-21 de Ecuador (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, última reforma: 16/1/2015): “Definiciones. Para efectos de la presente Ley, se entenderá por:... Proveedor: Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades

Asimismo, y como dato llamativo prevé, en una norma específica, que “Es deber del proveedor de servicios profesionales atender a sus clientes con calidad y sometimiento estricto a la ética profesional, la ley de su profesión y otras conexas. En lo relativo al cobro de honorarios, el proveedor deberá informar a su cliente, desde el inicio de su gestión, el monto o parámetros en los que se regirá para fijarlos dentro del marco legal vigente en la materia y guardando la equidad con el servicio prestado” (57).

8. El Estatuto del Consumidor colombiano contiene una definición amplia de proveedor (o expendedor) y productor, evitando excluir a los profesionales liberales (58).

9. La Ley Federal de Protección al Consumidor de México prevé una extendida exclusión respecto de los profesionales, ya que señala que “quedan exceptuadas de las disposiciones de esta ley, los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil y los servicios que presten las sociedades de información crediticia” (59).

de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión”.

(57) Art. 27, ley 2000-21 de Ecuador (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, última reforma: 16/1/2015).

(58) Art. 5º, ley 1480 de Colombia (Estatuto del Consumidor, última reforma: ley 1935 del 3/8/2018): “Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:... 9. Productor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria...11. Proveedor o expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro...”.

(59) Art. 5º, Ley Federal de Protección al Consumidor de México (última reforma: 25/6/2018).

Es muy importante señalar que el art. 5º, 2º párr., expresa: “asimismo, quedan excluidos los servicios regulados por las leyes financieras que presten las Instituciones y Organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores; de Seguros y Fianzas; del Sistema de Ahorro

Se trata de una solución que se emparenta bastante con la argentina, aunque incluso pareciera tener un alcance más amplio, a poco que se repare que no se refiere solamente a profesionales liberales universitarios nucleados bajo entidades que ejerzan el control de su actividad.

Luego de describir la regulación del tema en parte de Europa y Latinoamérica se verá si resulta posible establecer tendencias.

1. En el continente europeo se observa que, si bien en los textos legales relevados no se aclara de manera expresa que los profesionales liberales deben ser considerados proveedores, tampoco existen exclusiones manifiestas (salvo el caso francés que ahora aclara expresamente que los profesionales liberales deben cumplir las normas de defensa del consumidor —antes no definía ni a consumidores ni a proveedores o profesionales—).

En tal sentido, se podría afirmar que tanto la normativa comunitaria como la legislación de defensa del consumidor de España, Francia, Italia y Alemania tienen vocación de universalidad, en el sentido de evitar exclusiones de determinados grupos de proveedores de su ámbito de aplicación.

2. En Latinoamérica, en cambio, el escenario es distinto.

Por un lado, existen países que excluyen expresamente a los profesionales liberales de las leyes de tutela de consumidores y usuarios.

Aquí están los casos de la Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y México. En el supuesto de este último país se vio que la exclusión pareciera tener incluso alcances más amplios que en los otros cuatro Estados mencionados.

Por otra parte, se encuentran aquellos supuestos como los de Brasil y Uruguay, en los

para el Retiro o de cualquier órgano de regulación, de supervisión o de protección y defensa dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”.

En el art. 2º de dicha ley se establece, por su parte, la definición general de proveedor “Para los efectos de esta ley, se entiende por:... II. Proveedor: la persona física o moral en términos del Código Civil Federal, que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios...”.



que si bien se admite la inclusión de estos profesionales en las leyes protectorias referidas se establecen ciertas salvaguardas en su favor (más ostensibles en el caso de Brasil que en el de Uruguay).

Por último, hay países en los cuales no solamente no se los excluye, sino que tampoco se prevén dentro de las normas consumeriles diferencias de tratamiento a favor de los profesionales liberales.

Entran aquí Colombia y Ecuador. Respecto de este último país se señaló, incluso, como dato de interés, que se establecen dentro del plexo consumeril disposiciones legales específicas que regulan específicamente a este sector de proveedores.

### VIII. Palabras de cierre

El análisis comparativo efectuado muestra la gran similitud entre las regulaciones vigente y proyectada. De allí que el análisis del art. 2º, LDC, fue de mucha utilidad para el del art. 4º, ALDC.

Tomando nota de ello y como se advierte de la postura que he asumido a lo largo del trabajo, considero que el texto del Anteproyecto deja pasar una oportunidad muy propicia para reformar el esquema legal en un tema que genera (y seguirá generando) serias controversias, pues se encuentra en juego ni más ni menos que el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Sin embargo (y afortunadamente) cabe resaltar que el propio texto de la propuesta legislativa (quizás advirtiendo lo antes dicho) minimiza de manera ostensible el alcance de la exclusión de aplicación de las normas de defensa del consumidor a los profesionales liberales, lo cual representa cierto alivio, pues en la práctica,

muchas de las conductas de los prestadores de servicios profesionales quedarán contempladas por el derecho del consumidor.

Esta solución, sumada a una aplicación más intensa del diálogo de las fuentes como método de interpretación en la materia (previsto ahora de manera expresa en el art. 28 del ALDC) (60), entrega esperanzas para que la exclusión prevista para los profesionales liberales pueda ser reducida a su menor expresión posible, acercando así su situación a la de los proveedores de bienes y servicios en general.

Lo dicho, claro está, sin descartar la opción ideal que sería reformular directamente el texto del segundo párrafo del art. 4º del ALDC. Sería un broche de oro para un Anteproyecto que se caracteriza por su gran calidad y factura (vayan nuestras sinceras felicitaciones a las plumas que lo escribieron en equipo), y el carácter progresista de prácticamente todo su contenido que lo pone indiscutiblemente a la vanguardia de las regulaciones existentes en el mundo sobre la materia.

---

(60) Art. 28, ALDC: "Diálogo de las fuentes. Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen".



**PRINCIPIOS DEL DERECHO  
DEL CONSUMIDOR**  
.....



# Principios de progresividad y no regresión en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

JOSÉ SAHIÁN (\*)

## I. Introducción: justificación de “los principios” en el anteproyecto

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor —según la fundamentación dada por la propia Comisión Reformadora(1)— busca edificar una teoría general (2), ordenando como elementos centrales del “Sistema de protección del consumidor” (3), junto a la delimitación de la relación de consumo, los derechos y deberes de los integrantes de esta y el diálogo de fuentes, una serie de “principios”.

---

(\*) Doctor en Derecho (U. Complutense de Madrid). Post doctor en Derecho (U. de Zaragoza). Máster en Derecho Privado (UN Rosario). Especialista en Derecho de Daños (UN Litoral). Profesor adjunto de Derecho del Consumidor y de Defensa de la Competencia (UN Tucumán). Ex profesor encargado de Contratos Civil y Comercial (U. San Pablo T). Codirector de la Especialización en Derecho de Daños y coordinador académico del Doctorado en Derecho (UN Tucumán). Investigador categorizado CIUNT y exbecario doctoral CONICET. Relator (Civil) Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

(1) Integrada por los más prestigiosos juristas en la materia: Stiglitz, Blanco Muiño, D'Archivio, Japaze, Lepíscopo, Ossola, Picasso, Sozzo, Tambussi, Vázquez Ferreyra, Wajtraub, y bajo la coordinación de Carlos Hernández.

(2) Punto I.2 de los Fundamentos del Anteproyecto.

(3) Adecuadamente previsto en el capítulo I del título I. Con los siguientes acápites: acción 1ª - Ámbito de protección del consumidor. Sección 2ª - Principios. Sección 3ª - Derechos. Sección 4ª - Deberes: Parágrafo 1º - Regla general; Parágrafo 2º - Deber de Información; Parágrafo 3º - Deberes de protección y seguridad. Sección 5ª - Prácticas abusivas. Sección 6ª - Diálogo de las fuentes.

Ciertamente se trata de una jerarquización de los principios que responde al reconocimiento del dinamismo del mercado y de la tecnología, causas de la vertiginosa obsolescencia de las reglas jurídicas concretas. Bajo ese diseño normativo, se asiente que el operador cuente con “normas abiertas” (4) a las que se pueda apelar frente a situaciones no regladas (5). Tanto las reglas como los principios representan enunciados deónticos que mandan, prohíben o permiten algo; pero mientras las reglas configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, los principios conforman de manera abierta esas condiciones (6).

El Anteproyecto formula un inédito y vanguardista listado de principios(7) a través de

---

(4) Sobre los principios y las normas abiertas: Vid. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Guastavino, Marta, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993, p. 75. Sobre la diferencia entre principios y reglas: vid. GARCÍA FIGUEROA, A., “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”, en GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.), *Derechos Sociales y Ponderación*, 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, ps. 333-370.

(5) Punto I.4 de los Fundamentos del Anteproyecto.

(6) CIDONCHA MARTÍN, Antonio, “La posición constitucional de los consumidores”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, nro. 153, Madrid, 2011, ps. 127 y 135, especialmente nota al pie 35.

(7) Aunque el Anteproyecto parece revestir *a priori* formalmente estilo “de ley”, el art. 5º contribuye a dotarlo de una innegable impronta sistémica y “codificada”, como en Brasil o Italia.

diez incisos en el art. 5º, a saber: progresividad y no regresividad, orden público de protección, acceso al consumo, transparencia de los mercados, consumo sustentable, protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad, respeto de la dignidad de la persona humana, prevención de riesgos, precaución y antidiscriminación.

Tan relevante lugar que metodológicamente se le asigna a los principios no solo constituye un valioso intento por sortear la obsolescencia de las normas particulares(8), sino que persigue sincronizarse con la técnica subyacente en el digesto civil y comercial, por la que se ambicionó un cambio de paradigma encauzado al diálogo de fuentes. Para comprobar tal paralelismo, basta reparar cómo los principios detallados en el art. 5º vinculan al sistema de defensa del consumidor con otros(9). Así los principios de consumo sustentable, prevención de riesgos y precaución conectan la tutela de los consumidores con el ambiente. El acceso al consumo y la transparencia de los mercados explicitan, aún más, la yuxtaposición con la defensa de la libre y leal competencia que emerge del propio art. 28 y que se encuentra presente en diversas normas del Anteproyecto (arts. 29.2, 41), y que no son sino respuesta legislativa al mandato constitucional de los arts. 42 y 43.

Dicho diálogo se patentiza más vigorosamente con relación al derecho de los derechos humanos, como lo demuestra la recepción de la protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad, el respeto de la dignidad de la

persona humana, la antidiscriminación y, muy particularmente, el principio de progresividad y no regresión.

En un sistema donde la progresividad y no regresividad no revisten explícita consagración constitucional o convencional, sino que a dicha jerarquía solo podría arribarse mediante una construcción teórica, el diálogo de fuentes (art. 28 del Anteproyecto) que enlaza el art. 5.1 con otros sistemas, especialmente con el derecho de los derechos humanos, se yergue como uno de los mayores aciertos de la Comisión Reformadora, en tanto que dicha ingeniería permite evadir la levedad de una progresividad que estuviera tan solo anclada en una norma formal aislada, fácilmente eludible por el futuro legislador mediante la sanción de otra norma contrapuesta, de igual jerarquía. Así, esta arquitectura “de comunicación normativa” obstaculiza una eventual estrategia inclinada a estrechar la tutela efectiva de los consumidores.

## II. Caracteres de la progresividad y no regresión

### II.1. Nociones

Se tratan de dos directrices que conforman las dos caras de una misma moneda. Más allá de que el desarrollo progresivo haya sido acertadamente consagrado en el Anteproyecto como un principio, ello no obsta para que también pueda ser ejercitado como un derecho justificable en sí mismo(10).

La progresividad se traduce en el deber del Estado de adoptar medidas técnicas, económicas, legislativas y reglamentarias para lograr sucesivamente la plena efectividad de los derechos garantizados, hasta el máximo de los recursos disponibles. El compromiso incluye incrementar el nivel de goce de los derechos ya reconocidos, admitir aquellos no reconocidos y asegurar un mínimo de protección. En este último aspecto encontramos una vinculación con

(8) La enunciación de este objetivo se replica en la fundamentación del régimen de las prácticas abusivas (punto I.5 de los Fundamentos del Anteproyecto).

(9) La Comisión Reformadora explica que “Con tal propósito se alude al ‘orden público’ en miras de reforzar el ‘principio protectorio’, haciéndolo especialmente aplicable a las ‘situaciones de hipervulnerabilidad’. Se alude además, a los principios de ‘acceso al consumo’, ‘transparencia de los mercados’ y ‘consumo sustentable’, y en el marco de las relaciones entre el Derecho del Consumidor y los Derechos Humanos, se tipifica el ‘respeto de la dignidad de la persona humana’, el ‘principio antidiscriminatorio’ y el principio ‘de progresividad y no regresión’. En esa misma dirección personalista, se recoge el ‘principio de prevención de riesgos’, y el de ‘precaución’, brindando así otro punto de contacto entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental” (Punto I.4 de los Fundamentos del Anteproyecto).

(10) La Corte IDH, aunque algo tibiamente, juzgó su “exigibilidad judicial” al considerar que “la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas” (Corte IDH, sentencia del 1/7/2009, “Acevedo Buendía y otros —Cesantes y jubilados de la controlaría— vs. Perú”, Serie C nro. 198, párrafo 102).

el principio de “acceso al consumo” (11) (art. 5º, inc. 3º del Anteproyecto).

Una de las manifestaciones que genera la pauta de progresividad es la “no regresividad” o “prohibición de retroceso” (12), en virtud de la cual no pueden admitirse retracciones ni fácticas ni normativas en las políticas públicas destinadas a dotar de vigencia efectiva a los derechos cuya protección se procura (13). Encontramos un antecedente de esta dimensión del principio *sub examen* en la teoría de la irreversibilidad en materia de derechos sociales, difundida por Konrad Hesse (14).

## II.2. Marco jurídico

Progresividad e irreversibilidad constituyen un principio “arquitectónico” (15) proveniente normativamente del derecho internacional de los derechos humanos (16). Aunque la Corte IDH hizo uso de aquel en muy pocos casos (17).

(11) Sobre acceso al consumo, puede verse: SAHIÁN, José H., “Nuevo desafío de la tutela al consumidor. El derecho de acceso al consumo o al mercado”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nro. 292, septiembre - octubre 2018, ps. 201 a 236.

(12) Se la conoce también como “no regresión”, *stand still*, efecto *cliquet*, trinquete, cláusula de *statu quo*, cláusula de anti retorno, principio de no retrogresión, etcétera.

(13) Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2005 de la Asamblea General de la OEA, especialmente nota al art. 12.

(14) En 1978 Konrad Hesse, magistrado del *Bundesverfassungsgericht* de Karlsruhe entre 1975 y 1987, formuló la teoría de la irreversibilidad en materia de derechos sociales —*Nichtumkehrbarkeitstheorie*—, que de alguna manera otorgaba pátina doctrinal a las previsiones del PIDESC, especialmente su art. 11.1.

(15) Cfr. CS, 24/11/2015, “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción de amparo”, considerando 6º.

(16) La apuntada pauta se encuentra prevista en el art. 2.1 del PIDESC y, de un modo más mediato, en el art. 11.1. A su turno, el art. 2.1 del PIDESC sirvió de base para la formulación del art. 26 de la CADH y al art. 1º del Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador.

(17) Corte IDH: sentencia del 28/2/2003, “Cinco Pensionistas vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas); sentencia del 1/7/2009, “Acevedo Buendía y otros (Cesantes y jubilados de la controlaría) vs. Perú”. Recientemente en

En Latinoamérica varias constituciones acogieron el principio de progresividad y no regresión. La de Ecuador, reformada en 2008, contiene específicas disposiciones (arts. 11.8, 340, 423.3). El art. 19 de la Constitución de Venezuela de 1999 garantiza genéricamente la progresividad de los derechos humanos (también arts. 82, 89.1, 281.7, 326). La Constitución de Bolivia de 2009 garantiza la progresividad (art. 13.I), pero, a diferencia de las anteriores, amplía esa regla a todos los derechos constitucionalmente declarados, sin restringirla, como es común, a los derechos humanos propiamente dichos. En Colombia no está expresamente reconocido, pero la Corte Constitucional colombiana admite este principio con gran contundencia (18).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no cuenta con un régimen explícito sobre progresividad como el diagramado en el sistema americano de derechos humanos. Tal principio solo aparece en el complemento de aquel, la Carta Social del Consejo de Europa. A la progresividad se la reglamentó en el art. 12, respecto de la seguridad social, pero se contiene si tal progresividad también genera “no regresividad” (19). En España, la aceptación de la progresividad genera posturas encontradas y una operatividad mucho más discreta que en las

“Lagos del Campo” se ha ratificado, respecto del derecho social a la estabilidad laboral, la vigencia de la progresividad y no regresividad, tanto en el voto que conformó la mayoría (Corte IDH, sentencia del 31/8/2017, “Lagos del Campo vs. Perú”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, considerando 51 del voto concurrente de Ferrer Mac-Gregor Poisot, *a contrario sensu*); como en las disidencias parciales (considerando 8º del voto en disidencia parcial de Sierra Porto).

(18) “Tomar los derechos en serio exige, también, tomar la progresividad en serio” (sentencia T-025/2004, “Agencia Oficiosa en tutela - Asociación de desplazados”). Vid. PRADA, María A., “La integración del derecho internacional en el sistema colombiano”, en BANDEIRA GALINDO - TORRES PÉREZ (coords.), *Protección Multinivel de los Derechos Humanos. Manual*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013, p. 382.

(19) Vid. BELORGEY, Jean-Michel, “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su Órgano de Control: El Comité Europeo de Derechos Sociales”, trad. de Jimena Quesada, Luis, *Revista de Derecho Político*, nro. 70, UNED Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2007, p. 365.

latitudes latinoamericanas(20). En Alemania tampoco se aprueba en plenitud la aplicación del principio de progresividad(21).

Por su parte, nuestro Címero Tribunal Federal viene aceptándolo cada vez con mayor holgura(22).

### II.3. Expansión

Sostuvimos en otra oportunidad que el principio de progresividad no solo alcanzaría a los DESC convencionalmente previstos en forma explícita en los Tratados Internacionales, sino que sería extensivo a todo otro derecho social de rango constitucional, entre los que se contarían —en nuestro régimen— los de los consumidores(23). Así, en un segundo estadio, el principio de progresividad trasciende las fronteras del derecho de los derechos humanos, para alcanzar dimensión constitucional(24).

(20) PISARELLO, Gerardo, “Derechos Sociales y principio de no regresividad en España”, en COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006, ps. 307 y ss.

(21) SUÁREZ FRANCO, Ana M., “Los límites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal”, en COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, cit., ps. 385-386.

(22) V.gr., CS, sentencia del 18/6/2013, “Recurso de hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad”. En ese caso se recuerdan los siguientes antecedentes, que también refieren al principio de progresividad: “... (‘Aquino’, cit., p. 3774/3776; ‘Madorrán’, cit., p. 2004; ‘Milone’, Fallos: 327:4607, 4619 -2004-; ‘Torrillo’, cit., p. 722; asimismo: ‘Medina, Orlando Rubén y otros c/ Solar Servicios On Line Argentina S.A.H’, Fallos: 331:250 y sus citas -2008-; ‘Silva, Facundo Jesús c/ Unilever Argentina S.A.H’, Fallos 330:5435, 5454 -2007- voto de los jueces Fayt y Petracchi; ‘Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS’, Fallos: 328:1602, 1624/1625 -2005- voto del juez Maqueda)... (‘Medina’, cit., p. 259 y sus citas; v. asimismo: ‘Aquino’, cit., p. 3775, y ‘Silva’, cit., p. 5454)...”.

(23) SAHÍAN, José H., *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los Derechos Humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 490 a 493.

(24) Vid. VARGAS GAMBOA, Nataly V., “Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia”, en BANDEIRA GALINDO - TORRES PÉREZ (coords.),

Este parece ser el razonamiento asumido por nuestra Corte(25).

Originariamente pensado para auxilio de los “derechos sociales”(26), el principio de progresividad se afincó en el ámbito laboral y se expandió a los ambientales (derechos de tercera generación de similar textura a los de los consumidores). Así las cosas, en la actualidad este principio viene desbordando sus primigenios contornos para recaer también en los derechos civiles (y políticos), en virtud de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos(27).

Tales propensiones extensivas sirven de cimiento teórico-científico de la regulación contenida en el art. 5.1 del Anteproyecto.

*Protección Multinivel de los Derechos Humanos. Manual*, cit., p. 340.

(25) “... el principio de progresividad o no regresión, que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas, no solo es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia” (cfr. CS, Fallos 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, considerando 10; Fallos 328:1602, voto del juez Maqueda, considerando 10; Fallos 331:2006, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, considerando 5°).

(26) RONCONI, Liliana, “¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida? Un análisis a la luz del principio de proporcionalidad”, *Suplemento Constitucional*, LL 2010-D-901.

(27) En esa tesitura: el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rodolfo E. Pisa Escalante, en el voto separado emitido en la OC-4/84 del 19 de enero de 1984, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, párrafo 6. En defensa de la tutela judicial efectiva, la Corte de Tucumán aplicó el principio de no regresividad y, como consecuencia de ello, declaró la inconstitucionalidad de la reforma introducida al Código de Procedimiento Tributario Local, por la que se dispuso detraer la apelación en procesos de apremios (Corte Suprema de Justicia de Tucumán, sentencia 1121 del 20/12/2013, “Provincia de Tucumán —DGR— c. Benjamín Paz SRL s/ejecución fiscal”; entre muchos otros). Hitters también parece consentir la extrapolación de la prohibición de retroceso más allá de los DESC, respecto del derecho a la tutela efectiva (HITTERS, Juan C., “Control de convencionalidad. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores?”, LL del 2/8/2017, ps. 6 y 7).



### III. Control de regresividad

En un origen existió resistencia a la idea de que el principio de no regresividad pudiera limitar la libertad de configuración del legislador.

En el extremo opuesto, se alberga la esperanza de una irreversibilidad como mandato absoluto, lo que equivaldría a asentir un “test objetivo de regresividad”, donde la sola constatación del retroceso normativo automáticamente conllevaría la invalidez de la norma desfavorable, sin que se admitiera justificativo alguno, como una especie de presunción *iuris et de iure*. En la actualidad parece no aceptarse tan amplio y, a la vez, rígido enfoque (28).

En el derecho comparado, el debate sobre el alcance del control de retroceso sigue abierto. Así, tomando como ejemplo el derecho español, se advierte gran diversidad de tesis. En contra de la irreversibilidad, contundentes son: Santamaría Pastor y López Menudo. En cambio, otro grupo de autores ha matizado los efectos de la teoría de la irreversibilidad, sin receptarla ni rechazarla por completo. Así, Cobreros Mendoza ve difícil, aunque no imposible, que se declare inconstitucional una ley que contenga evidentes recortes en el estatus de la mayoría de los ciudadanos o de grupos importantes de estos. Este autor subraya dos hipótesis en las que debería declararse la inconstitucionalidad de una ley: cuando la acción del legislador se dirija directamente y sin contraprestación a la supresión de conquistas que caracterizan el estatus social (lo que sería un “despojo”), y cuando, aun existiendo contraprestaciones sociales, las consecuencias gravosas se hicieran recaer sobre un

conjunto de ciudadanos, en razón de que con ello se estaría violando el principio de igualdad. Muñoz Machado considera que existen situaciones que están vinculadas a otros valores constitucionales, cuya eliminación es más difícil, o incluso imposible, teniendo en cuenta que, en tal caso, un derecho fundamental podría quedar lesionado o desprotegido. Beltrán subraya la imposibilidad que la acción del legislador esté encaminada directamente y sin contraprestación a la supresión pura y simple de una conquista social. Carro señala que la no regresividad de las conquistas sociales alcanzadas debería venir referida, en todo caso, a un núcleo indisponible de los derechos, aunque ello no quiera decir que el legislador sea completamente libre de configurar el derecho más allá de este núcleo. Váquer destaca que el legislador goza de un dilatado margen de apreciación para revisar, restringir o derogar prestaciones, pero tal margen no es ilimitado, pues será exigible una razón suficiente y una actuación no arbitraria, ni discriminatoria ni desproporcionada. Parejo, por un lado, señala cómo sería evidente la inconstitucionalidad de toda legislación de desarrollo constitucional que, sin fundamento suficiente, esté directamente dirigida a la supresión o recorte de contenidos propios de derechos sociales establecidos previamente. Pero a la vez considera que la irreversibilidad de los desarrollos legislativos del orden económico social supondría un inaceptable vaciamiento del principio de pluralismo político y de la cláusula de Estado democrático (29). Finalmente, también se ha pregonado la idea de una “reversibilidad razonable” (30).

En nuestra opinión, cualquier medida *a priori* regresiva requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada rigurosamente (31).

(28) Cfr. CRUZ, Hugo E., “Sobre el principio de irreversibilidad”, LL 2003-B-112 y ss. En similar sentido: PEÑA CHACÓN, Mario, “El test de regresividad ambiental”, en [http://www.academia.edu/5880374/Test\\_de\\_regresividad\\_ambiental](http://www.academia.edu/5880374/Test_de_regresividad_ambiental). Corroborando esta última reflexión, se ha resuelto que “Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección. En esos casos, el Derecho a la Constitución y los principios bajo examen obligan a justificar, a la luz de los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, la reducción de los niveles de protección” (Corte de Costa Rica, sala Constitucional, voto 2012-13367 del 21 de septiembre del 2012).

(29) Cfr. PONCE SOLÉ, Julio, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013, ps. 26-28.

(30) ROMÁN CASTILLO, José J. - VAL ARNAL, José J. de, “Los acuerdos de Toledo: La defensa Constitucional del Estado de Bienestar”, *Proyecto Social: Revista de Relaciones Laborales*, nro. 3, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de Teruel - Universidad de Zaragoza, Teruel, 1995, ps. 147-148.

(31) Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 9. En similar sentido, en los tópicos de nuestro interés: Observación

La tendencia se inclina hacia rechazar que todo retroceso sea necesaria y objetivamente ilegítimo, puesto que se entiende que pueden mediar causales políticas o legislativas de justificación de la reforma, en principio restrictiva, lo que desestimaría la idea de una irreversibilidad absoluta.

Es por ello que creemos más conveniente que el control de no regresión se instruya mediante un juicio de proporcionalidad (32) o razonabilidad, pero “intensificado”, por el que se debe buscar la tutela más plena posible; pero sin dejar de estimar cierto contexto legislativo o político, puesto que se consiente que razones sumamente excepcionales y la concurrencia de intereses generales puedan justificar una regresión. Es decir, la medida regresiva de un derecho debe explicarse mediante un beneficio para el resto de los derechos. Aunque la ponderación de esas justificaciones debe ser extremadamente rigurosa. Entonces, ese “agravamiento” por la prohibición de retorno (33) implica una presunción *iuris tantum* en contra de cualquier medida regresiva (34), donde el

Estado tiene la carga de demostrar, bajo estricto escrutinio, su legalidad (35).

Así las cosas, debe confrontarse el dispositivo modificatorio con la norma sustituida y evaluar si la regla posterior suprime, limita o reduce derechos o beneficios concedidos por la anterior, en cuyo caso se presumirá la inconstitucionalidad de la reforma. El estándar de reflexión será el de un *strict scrutiny* (36), donde la carga de corroboración de la administración es alta, y en caso de duda el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad, en sentido similar al criterio considerado para las “categorías sospechosas” (37). Corresponderá al Estado la comprobación estricta de la existencia de un “interés imperioso” (*compelling interest*) que justifique la medida adoptada (38). En estos asuntos, no basta que el Estado demuestre solo la legitimidad del fin y la mera racionalidad de la medida, debe justificar un plus, su imperiosa necesidad.

#### IV. Aplicación a los derechos de los consumidores

La Comisión Reformadora propone inédita y laudablemente dicho principio, con un cimiento legal específico, para defensa de los derechos de los consumidores y usuarios (39).

General 4 (Derecho a una vivienda adecuada) párrafo 11; Observación General 12 (derecho a una alimentación adecuada) párrafo 18; Observación General 14 (derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud), párrafos 32, 48 y 50, entre otras.

(32) A través de sus tres pasos tradicionales: verificación de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A lo que algunos añaden el test de “inalterabilidad” (CIANCIARDO, Juan, “Una aplicación cuestionable del principio de razonabilidad”, LL 2002-B-953).

(33) *Vid.* Sozzo, Gonzalo, “El principio de no retroceso en el campo de la teoría jurídica: el progreso como perdurabilidad para las generaciones futuras”, en PRIEUR, Michel - Sozzo, Gonzalo (dirs.), *La Non Régression en Droit de l'environnement*, Bruylant, Bruselas, 2012, ps. 84-90. Ídem Sozzo, Gonzalo, “El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Río+20”, *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, 28/12/2011, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 10 (también puede verse AP Online 0003/015705, p. 10).

(34) AGUDELO SÁNCHEZ, Luz E., “De la no regresividad de los DESC a la no regresividad ambiental: Aproximación desde el ordenamiento jurídico Colombiano”, en BERNAL CRESPO, Julia S. - GUZMÁN MENDOZA, Carlos E., *Los derechos humanos. Una mirada transdisciplinaria*, Universidad del Norte - Grupo Editorial Ibáñez, Barranquilla, 2014, p. 360. Ídem COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, cit., ps. 22-23.

(35) ABRAMOVICH, Víctor - ROSSI, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en MARTIN, Claudia, *et al.* (comps.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana, México, 2004; también publicado en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, nro. 9, Bogotá, abril, 2007, p. 43.

(36) *Vid.* ELÍAS, J. S. - SÁNCHEZ BRÍGIDO, R., “Los distintos anteojos de la Corte según los derechos en juego”, en RIVERA, Julio (h) (dir.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014, t. III, ps. 1415-1416.

(37) *Vid.* MEDINA, Graciela, “Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las ‘categorías sospechosas’: Una visión jurisprudencial”, LL del 22/11/2016, ps. 1 y ss.

(38) Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-038/2004, del 27/1/2004, Referencia: expte. D-4661, “Enrique Borda Villegas”, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

(39) El único antecedente en nuestro ámbito, proviene del *soft law*. En el año 2000, los presidentes del Mercosur acordaron la “Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del

En este punto la Comisión Reformadora tomó las enseñanzas de una parcela significativa de nuestra doctrina, que contribuyó a la construcción del concepto que ahora refleja el Anteproyecto. Por mencionar solo algunos: el maestro Gabriel Stiglitz (40), Tambussi (41), Barocelli (42), Ghersi (43), Villaragut y Calderón (44), Garrido Cordobera (45). Incluso autores especializados en derechos humanos han consentido que, aun

Mercosur” de Florianópolis del 15/12/2000, en la que se expuso que la defensa del consumidor contemplaría distintos derechos categorizados como “fundamentales” y bajo un mandato de aplicación “progresiva”.

(40) STIGLITZ, Gabriel, “Tutela judicial progresiva del consumidor”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2013-II-183 y ss., La Ley, Buenos Aires. En similar criterio, también del prestigioso jurista: “El Derecho del Consumidor en el Código Civil y Comercial unificado. Diálogo de fuentes”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 261; “Los principios del Derecho del Consumidor y los derechos fundamentales”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, cit., t. I, p. 311, entre otras publicaciones.

(41) TAMBUSI, Carlos E., “Ejecución de pagarés de consumo y diálogo de fuentes”, *Revista Código Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 205 y ss; idem TAMBUSI, Carlos E., “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos”, *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, Universidad de Alas Peruanas, Lima, nro. 13, año XII, 2014, p. 97; TAMBUSI, Carlos E., “Elementos interpretativos y de fondo propios de los derechos humanos en las normas de consumo del Código Civil y Comercial”, en TAMBUSI, Carlos E. (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 445 y 447.

(42) BAROCELLI, Sergio S., “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, *DCCyE*, La Ley, Buenos Aires, febrero de 2015, ps. 63 y ss.

(43) GHERSI, Carlos A., “Las relaciones del manual del usuario con la ley de derechos del consumidor, el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley de responsabilidad del Estado”, en LL Online, AR/DOC/1445/2015.

(44) VILLARRAGUT, Marcelo - CALDERÓN, Maximiliano R., “El beneficio de gratuidad de la Ley de Defensa del Consumidor en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones de Córdoba”, LL Córdoba, 2011, (noviembre), ps. 1047 y ss.

(45) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R., “La aplicación de la prescripción del art. 50 LDC y el principio ‘pro consumidor’...”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, cit., t. IV, ps. 87-92.

cuando los derechos de los consumidores no formen parte del catálogo habitual del derecho de los derechos humanos, se reconocen contenidos en la previsión del art. 26, CADH (46).

En nuestro caso, también formulamos una modesta propuesta (47) en la misma línea que la que la Comisión sabiamente pretende plasmar legislativamente. Como argumentaciones para la exportación a los consumidores al principio de progresividad esgrimimos en aquella oportunidad: a) la existencia de derechos humanos no enumerados en las convenciones; b) el solapamiento de derechos de los consumidores y humanos y la defensa cruzadas de aquellos; c) el principio *pro homine* (48); d) la noción de complementariedad (49); e) la lógica a partir de la

(46) COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, UNAM, México, 2008, ps. 388 y 389; idem GIALDINO, Rolando E., “Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos”, LL 2013-E-909 y ss.

(47) SAHIÁN, José H., “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, LL 2018-A-545.

(48) “... la obligación de no regresividad no sólo alcanza a los derechos previstos por el PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), sino a todo otro derecho económico, social y cultural de rango constitucional por aplicación del principio *pro homine*...” (ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 114-115; idem CAMELO, Gustavo, “La constitucionalización de los derechos de los consumidores”, en PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA [dirs.], *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 43).

(49) El carácter complementario que la Constitución otorga a los Tratados internacionales supone la necesaria no contradicción entre los derechos previstos en la parte dogmática de la Constitución y los enunciados en los Pactos de Derechos Humanos. Pero esa complementariedad también genera que la doble protección, interna e internacional, suponga una mutua correlación de los derechos y principios de distinta fuente. Por lo tanto, la prohibición de regresividad resulta predicable a todo el conjunto de derechos sociales, tanto de fuente interna como internacional. *Vid.* BAZÁN, Víctor, “Los Derechos Fundamentales — particularmente Económicos, Sociales y Culturales — en el Estado Plurinacional de Bolivia y ciertos desafíos que a su respecto afronta la justicia

cual se alega que el art. 42 constitucional “especificaría”, en las relaciones de consumo, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, previsto en el art. 12.1 del PIDESC (50); f) el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado y a una mejora continua de las condiciones de su existencia contemplados en el art. 11.1 de dicho Pacto; g) los arts. 2º y 29 de la CADH, y h) el art. 75, inc. 23, de la Carta Magna.

## V. Algunas hipótesis

La regresividad de modificaciones en el sistema de defensa del consumidor viene siendo objeto de controversia en los últimos años.

Sin ánimo de exhaustividad, el primer conflicto relevante se suscitó como consecuencia de la reestructuración del *bystander* (51), por la que se circunscribió dicha figura a las prácticas comerciales abusivas y al ámbito de la publicidad e información, conforme arts. 1092 y 1096 del Cód. Civ. y Com. y anexo II, punto 3, de la ley 26.994.

Paralelamente se disputó la retracción que podía significar el nuevo régimen de prescripción liberatoria que imponía la derogación del art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor (52) (LDC), también conforme al anexo II, punto 3, de la ley 26.994.

---

constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nro. 16, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 49.

(50) Cfr. ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., ps. 113-116. En igual sentido: Víctor Ferreres Cornella, según: PÉREZ MONTERO, María E., “Recensión de El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 4, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003, p. 429.

(51) Vid. SAHIÁN, José H., “El tercero expuesto a la relación de consumo”, en MÜLER, Germán E. (coord.), *Cuestiones de Derecho del Consumidor*, Bibliotex, Tucumán, 2015, ps. 19-56. Más recientemente: SHINA, Fernando E., “Los seguros y las relaciones de consumo. La figura del tercero expuesto y la acción directa de las víctimas contra las aseguradoras”, LL Online AR/DOC/2392/2018.

(52) SAHIÁN, José H., Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los Derechos Humanos”, cit., ps. 271 a 281.

Otro tópico (menos debatido que los anteriores pero mucho más evidente a nuestro entender) viene dado por cuatro disposiciones de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado (53). Así, el art. 6º dispone la exclusión de responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por la actuación de sus concesionarios o contratistas. El art. 4.c prescribe que, para responsabilizar al Estado, se requiere una relación de causalidad “exclusiva”, no cocausal. El primer párrafo del art. 5º regla la inviabilidad del lucro cesante en caso de resarcimiento por acto estatal lícito. Y el art. 1, última parte, determina la improcedencia de los daños punitivos contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

Probablemente la última disputa (54) giró en torno al decreto de necesidad y urgencia 27/2018 y el art. 4.1.c de la resolución 915-E/2017 de la Secretaría de Comercio, por la que se transformó el régimen de información y publicidad. La primera de las normas indicadas varió el art. 4º de la LDC (según la redacción de la ley 27.250). Mientras en el texto modificado, la LDC instituía que la información debía ser proporcionada en soporte físico, pudiendo solo suplantarse esta exigencia si el consumidor optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a su disposición; la nueva fórmula legal ponía en cabeza del proveedor la elección del soporte o medio a través del cual cumplirá con su deber de informar, a excepción de que el propio consumidor elija y manifieste expresamente su decisión de recibirla en soporte físico. A su turno la resolución 915-E prescribe que la información relativa a las características esenciales de los bienes y servicios que se publicitan, así como las condiciones de su comercialización, serán proporcionadas a los consumidores a través de una página web o línea telefónica gratuita. El primer asunto parecería haberse tornado abstracto, en tanto el art. 134 de la ley 27.444 deroga el art. 169, por el cual se sustituyó el art. 4º de la LDC.

---

(53) *Ibidem*, ps. 211 a 215.

(54) Vid. SAHIÁN, José H., “Dimensión constitucional y convencional del derecho a la información”, en *Revista de Direito do Consumidor*, RDC 27-119, septiembre-octubre, 2018, Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, ps. 311 a 348.

## VI. Conclusiones

La exportación legislativa del principio de progresividad y de la garantía de irreversibilidad, acertadamente reglamentada en el art. 5.1 del Anteproyecto, se yergue como una de las tecnologías normativas más novedosas en pos de la tutela de los derechos de los consumidores, puesto que no solo restringe la retrocesión normativa, sino que paralelamente asegura la progresión en las políticas públicas de defensa de los consumidores. Creemos que se trata de uno de los mayores aportes de la Comisión Reformadora.

Asimismo, deviene altamente laudable la conexión de los arts. 5º, inc. 1º, y 28 en el Antepro-

yecto, por la que, a través de la progresividad (y de los restantes principios), se persigue robustecer el diálogo de fuentes entre derechos humanos y los de los consumidores, en armonía con la lógica proveniente de los arts. 1º, 2º, 51, 1094, 1095 y 1097 del Cód. Civ. y Com.

Finalmente, también es loable cómo la Comisión Reformadora tomó nota de aquellos supuestos donde mediaban debates sobre regresividad de reformas legislativas y pretende darles remedio. Muestra de ello, el art. 112 incluye a los terceros “expuestos” en el régimen de responsabilidad por productos y servicios, y el art. 183 busca dar solución a la discusión sobre la prescripción de las acciones.



# Orden público de protección e hipervulnerabilidad del consumidor

---

SEGUNDO J. MÉNDEZ ACOSTA (\*)

## I. Introducción

Las líneas que siguen tienen por objeto desarrollar, con un mínimo de claridad, dos normas del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor presentado por la comisión reformadora ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Producción y Trabajo en diciembre del año último. Concretamente, nos abocaremos a dos incisos del art. 6º, los cuales refieren al orden público de protección y a la tutela de los consumidores hipervulnerables.

Desde lo metodológico, dicho artículo se ubica dentro de la sección segunda “Principios”, del capítulo primero “El sistema de protección del consumidor”, del título primero —de nombre homólogo al de su primer capítulo—. En lo que a su contenido respecta, la norma se ocupa de desarrollar una decena de principios, como el de progresividad y no regresión, el de acceso al consumo, el de respeto de la dignidad, el de consumo sustentable, el de antidiscriminación, el precautorio, entre otros.

Como ya adelantáramos, los principios que a esta intervención ocuparán son el de “orden público de protección” (inc. 2º) y el de “protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad” (inc. 6º).

---

(\*) Abogado. Docente y doctorando de la Universidad de Buenos Aires. Integrante del Programa de Protección de Usuarios y Consumidores de la Procuración General de la Nación.

## II. De los principios

Previo a todo, imperioso se vuelve destacar el hecho de que el documento bajo análisis le haya dedicado una sección a los principios, puesto que la determinación de estos impacta decisivamente en los criterios valorativos de orientación, guía e interpretación de toda la estructura (1); el art. 6º anteproyectado, en razón de ello, posee una fuerza basililar e informadora para todo el sistema y, al mismo tiempo, constituye un límite a lo arbitrario (2).

Tan así es que el intérprete, para lograr comprender adecuadamente el abanico de instituciones que integran el régimen, se ve ante la necesidad de conocer aquellos puntos de partida desde los cuales el mismo se edifica; solo así la labor hermenéutica irá dotada de su capacidad constructiva de las normas, de lo contrario aquel se volverá en un simple sirviente del tenor de la ley (3).

---

(1) Es advertible la sintonía con el novel Código Civil y Comercial, en tanto este se ha diagramado sobre la base de directrices, “ideas fuerza” o paradigmas. Sirva la remisión a LORENZETTI, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LL 2012-C-581; “Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación”, LL 2015-D-821.

(2) Tal ha sido, en efecto, la significación que se le ha dado a los principios (REZZÓNICO, Juan C., *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 57, nro. 25).

(3) MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1954, t. I, p. 117.

En virtud de lo expuesto, propio es estimar que los principios de esta disciplina —como en cualquier otra— auxiliarán al operador, además de para sobrepasar lagunas o terrenos carentes de armonía, tanto para elaborar el sistema —*de jure condendo*— como para analizarlo una vez estructurado —*de jure condito*— (4).

Se sigue de lo anterior, naturalmente, que de un detenido estudio de los principios se conducirá a una resignificación del microsistema del consumidor, dado que si bien algunos de ellos no representan para la comunidad jurídica mayor novedad —como sucede, por ejemplo, con el principio protectorio (5)—, lo mismo no ocurre con otros cuyo preciso impacto no ha sido aún delineado con la misma nitidez —v. gr., el principio de consumo sustentable (6) o el principio precautorio (7)—.

(4) Así ha razonado, aunque desde el marco de la responsabilidad civil, una autorizada doctrina vernácula (ALTERINI, Atilio A., *La responsabilidad en la reforma civil*, Cathedra, Buenos Aires, 1974, p. 9; PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 21, nro. 7).

(5) Los antecedentes de este principio, según se sabe, remiten al *favor debilis* y, antes en el tiempo, al *favor debitoris*, el cual ya era referenciado en el derecho romano por Ulpiano: *Semper in obscuris, quod minimum est sequimur* (Digesto, 50, XVII, 9).

(6) Sin ignorar los loables desarrollos que sobre este principio se han ido realizando, no hesitamos en considerar que, en el derecho del consumidor, a diferencia de lo ocurrido en el derecho ambiental, el principio de sustentabilidad se halla en un estadio más bien embrionario. Ampliar en: SOZZO, Gonzalo, “Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del Derecho del Consumidor”, RDPyC 2012-3-140 y ss.; LORENZETTI, Pablo, “Consumo y ambiente. Diálogos microsistémicos”, en CAUMONT, A. - MARIÑO LOPEZ, A. (dirs.), *Revista crítica de derecho privado*, nro. 11, 2014, ps. 1035 y ss.; HERNÁNDEZ, Carlos - FRUSTAGLI, Sandra A., “Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo”, SJA, 20/9/2017; MÉNDEZ ACOSTA, Segundo J., “El derecho privado bajo el paradigma de la sustentabilidad”, *Revista de Derecho Ambiental*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, abril/junio, 2017, ps. 16 y ss.; ídem, “¿Un Derecho del Consumidor medioambientalizado?”, *Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor*, Erreius, mayo, 2016.

(7) Las consideraciones volcadas para el principio de sustentabilidad resultan replicables para el precautorio. Para mayor profundidad: SOZZO, Gonzalo, en HERNÁNDEZ, Carlos - STIGLITZ, Gabriel (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, ps. 197 y ss., en especial 224 y ss.

Al mismo tiempo, el art. 6° que aquí nos ocupa, además de establecer los grandes principios que estructuran el estatuto, reconoce expresamente la vulnerabilidad del consumidor en el mercado (8).

Estas palabras preliminares, finalmente, no cabe concluir las sin antes advertir la interrelación del artículo en glosa con el art. 1094 del Cód. Civ. y Com., habida cuenta de que este último da expreso reconocimiento a dos principios fundamentales del sistema —el de protección al consumidor y el de acceso al consumo sustentable—, sin perjuicio de lo cual, en definitiva, el art. 6° del anteproyecto resulta una concretización de aquel 1094 engrosando su contenido y resaltando su trascendencia por vía de la reiteración.

### III. Del orden público

Según adelantáramos, el inciso 2° del art. 6° del anteproyecto reconoce expresamente el principio de orden público de protección, disponiendo que “el sistema de protección del consumidor es de orden público”.

La trascendencia de la norma se advierte no más se pone de manifiesto que la calificación de orden público, como herramienta jerarquizadora de intereses que es (9), le corresponde solo y únicamente a aquellas normas que representan lo esencial para la subsistencia de un tipo de vida social determinado (10). Precisamente, tal declaración solo le corresponde a aquellas leyes fundamentales y básicas que conforman el núcleo sobre el cual se estructura la organización social (11).

(8) Coincidentemente con lo concluido en el V Congreso Internacional de Derecho de Daños.

(9) Tomamos la expresión de SANTARELLI, quien en su tesis doctoral de reciente publicación observa al orden público como una herramienta jerarquizadora de intereses generales y particulares (*Contrato y mercado*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 107).

(10) LÓPEZ OLACIREGUI, José María, adiciones al *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, de SALVAT, Raymundo M., TEA, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 255, nro. XXIX.

(11) BORDA, Guillermo A., “Concepto de ley de orden público”, LL 58-1950-997.



Así, el más óptimo desarrollo del orden social exige del reconocimiento y salvaguarda de una suma de principios estructurales, so riesgo de conducir a la comunidad a una mera colectividad de individualidades, las cuales no perseguirían otra cosa más que el interés propio y particular, sin consideración alguna para con el conjunto.

Es que una recta inteligencia de la autonomía privada indica que las libertades individuales no pueden perder coordinación con el interés general; existe un marco general de objetividad que, al verse respetado por los intereses particulares, hace posible el funcionamiento de todo el orden jurídico. Por lo tanto, más allá de las prevenciones que puedan hacerse al respecto (12), no puede concebirse, en términos de racionalidad, que el bien personal contraríe las exigencias del bien común, dado que este es también de la persona, aunque en sociedad (13). Tal articulación, en la cual el orden público juega un rol fundamental, se presenta como un presupuesto para una adecuada convivencia social.

La teoría de la relatividad, al mismo tiempo, ingresa con todo su peso, dado que el principio de autonomía privada —sustentado sobre las ideas de autodeterminación y autorresponsabilidad, y potenciado por las ideas iluministas— no excluye los más altos valores sociales, por lo que su reconocimiento constitucional (art. 19), y su concretización a nivel de los contratos (art. 958), lo es siempre con el condicionamiento que apareja aquel marco general básico (14).

(12) Las normas de orden público, por los efectos que su declaración apareja, han dado lugar a particulares reparos, en tanto el instrumento puede ser base de imposiciones autoritarias, limitadoras de la libertad individual y avasalladoras del pluralismo social. Empero, creemos que tales prevenciones no lo son, verdaderamente, respecto del orden público en sí, sino en relación a desviaciones interpretativas realizadas por fuera del Estado de Derecho y que, bajo el rótulo de aquel, han transgredido su real esencia.

(13) SODERO, Eduardo - VIGO, Rodolfo L., "Orden público y orden público jurídico", LL 2015-F-1077.

(14) Sobre el particular resultan de interés las ideas de JOSSEAND, quien veía en los derechos más relatividad que absolutismo, dado que estos —a su decir— no son más que productos sociales, recibiendo su espíritu y finalidad de la propia comunidad (*Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Olejnik, Córdoba, 2016, p. 4).

Sígase de ello que si bien el negocio jurídico —como categoría comprensiva del contrato— ha sido comprendido como el instrumento más calificado de la autonomía privada, cierto es que el particular no puede crear, como podría suponer, una regulación jurídica de sus propios intereses a su mejor creer y entender, dado que para ello debe utilizar aquellos que el ordenamiento reconoce y del modo en que los reconoce (15). Afirmar algo distinto, por hipótesis, daría lugar a la validación de actos jurídicos con independencia de su dirección, cuando —en realidad— no se duda de que los efectos normativos habrán de ser rigurosos cuando aquellos demuestren antisocialidad.

La libertad —puede decirse— ha de correr parejo con la igualdad (16).

Dicho lo anterior, aproximar un concepto de orden público ha sido una tarea cuya labor no ha dado resultados unísonos (17), al considerárselo impreciso (18), enigmático (19), extremadamente complejo (20), difícil de definir (21), inasible (22),

Entre nosotros, y con mayor actualidad, se ha expresado en sentido semejante STIGLITZ, Rubén S., en *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 93.

(15) CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. de M. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, ps. 44/47, nros. 15/16.

(16) DE GASPERI, Luis, *Tratado de Derecho Civil*, Morello, Augusto M (colab.), TEA, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 79, nro. 67.

(17) VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

(18) APARICIO, Juan M., *Contratos. Parte general I*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 92.

(19) FIGUEROLA, Melchor, en ESPARZA, Gustavo - FIGUEROLA, Melchor - MONTENEGRO, Gustavo, *El orden público en el derecho privado*, Martín, Mar del Plata, 2018, p. 77.

(20) RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 99, nro. 76.

(21) GELLI, María A., "Orden público en el derecho constitucional", LL 2015-F-800.

(22) KELLER DE ORCHANSKY, Berta, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 56.

de perfiles difusos (23), todo lo cual haría a un panorama desconcertante (24). La indeterminación del concepto, sin dudas, conspira contra su definición. Empero, lo que habitualmente se observa como un defecto lo creemos su mayor virtud, dado que aquellas normas de orden público que dirigen la voluntad negocial persiguen rechazar cualquier matiz que contraríe las pautas sociales, lo cual difícilmente pueda ser logrado con base en reglas jurídicas que señalen de manera precisa y detallada el marco de la juridicidad; desde esta perspectiva, lograr un adecuado *standard* de textura abierta y flexible es —pese a la dificultad de su indefinición— la herramienta que con mayor fidelidad podrá representar la realidad (25).

No obstante lo cual, podemos tomar por consensuada —al menos mayoritariamente— aquella tesis según la cual el orden público se halla constituido por un conjunto de principios jurídicos que constituyen la base de la organización social y que, asimismo, aseguran la realización de aquellos valores que la sociedad juzga fundamentales (26). Esta inteligencia, re-

(23) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “En el derecho del consumidor”, LL 2015-F-985.

(24) SODERO, Eduardo - VIGO, Rodolfo L., “Orden público y orden público jurídico”, cit.; BIBILONI, por su lado, tiene adjudicada la siguiente frase: “Los juristas más famosos no saben qué es esto de orden público” (*Reforma del Código Civil. Observaciones. Actas de la comisión*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, t. I, p. 129) y BORDA, a su turno, la de que “los más sabios juristas han fracasado todos los esfuerzos para concretar la enunciación de un concepto que reúna el beneplácito general” (*Tratado de derecho civil. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 65, nro. 45).

(25) Lúcidamente PUIG BRUTAU, al referirse a la licitud del objeto de los contratos, señaló que tal control “no puede conseguirse a base de reglas jurídicas en el sentido más estricto, que son las que señalan una consecuencia precisa y detallada como propia de un hecho antecedente no menos detallado y preciso, sino que sólo pueden lograrlo por medio de otro tipo de reglas, las que contienen un *standard* o prototipo de conducta” (*Fundamentos de derecho civil*, t. II, vol. I, *Doctrina general del contrato*, Bosch, Barcelona, 1954, p. 148).

(26) De acuerdo: LLAMBÍAS, Jorge J., *Derecho civil. Parte general*, Perrot, Buenos Aires, 1982, t. I, p. 158, nro. 184 y p. 163, nro. 195; SALVAT, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Romero del Prado (actual.), TEA, Buenos Aires, 1950, t. I, p. 168, nro. 247; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 99, nro. 76; TOBÍAS, José W., en ALTERINI,

currente en los textos doctrinales, ha sido re-frendada por la Corte Suprema de Justicia (27).

Si lo anterior es, o aparenta ser, un asunto meramente teórico, precisar su contenido, por el contrario, es llevar el asunto al plano de lo práctico. Al respecto, no será desacertado aseverar que si bien su concepto con el transcurso del tiempo no ha de sufrir mayores mutaciones, lo mismo no es replicable en relación a su contenido, puesto que —por definición— el mismo variará dependiendo de los principios y valores que se consideren elementales y básicos en un momento histórico determinado (28).

Bajo esta comprensión, si entendemos que el orden público es un instituto jurídico guiado por el interés general, el dinamismo de este último es lo que determina su continua e incesante variación.

A su vez, precisar aquellos intereses es una tarea que en la actualidad se demuestra compleja, dado que —según se ha advertido— en los ordenamientos democráticos actuales ya no se persigue crear un sistema que represente un tipo determinado de moral social, sino que procuran un pluralismo axiológico respetuoso de la diversidad (29). Si de lo que hoy se habla es de una democracia de consenso, en contraposición al modelo estrictamente de mayorías, natural resulta que ante los conflictos entre intereses no se reaccione haciéndolos competir. No hay ganadores y perdedores, incluidos y excluidos; el reconocimiento de la pluralidad llama a superar ese modelo y busca la satisfacción de las necesidades del colectivo en un todo armonizado con las propias de las individualidades.

Jorge (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 93, n. 4.

(27) CS, Fallos 316:2117, voto del Dr. Fayt.

(28) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Orden público en el derecho de las obligaciones”, LL 2015-F-1029; TOBÍAS, José W., en ALTERINI, Jorge (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico*, cit., t. I, p. 93, nro. 4; RIPERT, Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936, ps. 280 y ss., nro. 143 y ss.; BUSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 189.

(29) SANTARELLI, Fulvio G., *Contrato y mercado*, cit., p. 102, nota 62.

Por otra parte, las fuentes de las cuales se informa el orden público son múltiples, no siendo la ley su único depositario, en tanto el interés general se nutre de todas las fuentes de la juridicidad. Por lo tanto, el orden público no se halla únicamente en aquellos textos legales donde expresamente así se lo indica, sino que podrá también extraerse de toda fuente jurídica (art. 1º).

Precisamente, se ha entendido que la ley 24.240 de defensa del consumidor —y el anteproyecto que aquí analizamos, agregamos nosotros— no se encuentra ante la necesidad de tener que especificar el carácter de orden público de sus normas, en tanto su propia naturaleza así lo indicaría (30). Dable es insistir, entonces, en que el instituto de referencia no puede hallarse únicamente al nivel de la mera legalidad, dado que la crisis del dogma de la infalibilidad de la voluntad del legislador, por un lado, y la pluralidad de fuentes que conforman el sistema, por otro, conducen a reconocerle a la ley el mismo peso informador que las restantes fuentes del derecho. Así es como, precisamente, se habla de un *orden público virtual*, refiriéndose por tal a aquel que no surge precisado por el legislador sino que su determinación es extraída por el juez en su labor hermenéutica (31); lo que ha de derivar, naturalmente, en las llamadas nulidades implícitas o virtuales.

El orden público, en ese entender, se reformula en coordinación con el conjunto y, consecuentemente, la autonomía de la voluntad encuentra en él todo su límite (32). En esa

(30) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “En el derecho del consumidor”, cit. En sentido semejante se ha expresado la Corte federal en Fallos 208:497, al igual que LLAMBÍAS, quien juzgó insatisfactorio aquel criterio según el cual el orden público estaría sujeto al puro arbitrio legislativo (*Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 160, nro. 189). En contra: BARASSI, Ludovico, *Istituzioni di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1945, p. 123, nro. 67; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 73, nro. 52; SÁENZ, Luis R. J., en PICASSO, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I, p. 767.

(31) MALINVAUD, Philippe, *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 2009, p. 185, nro. 254.

(32) SOZZO, Gonzalo, “Pasado, presente y futuro del principio de orden público referido a los bienes colectivos”, RDPyC 2007-3-374.

comprensión, el art. 42 de la Carta Fundamental, alcanzado por el proceso de constitucionalización del derecho privado, brinda la base normativa del orden público de protección al consumidor.

#### IV. Orden público de protección

En los tiempos actuales el orden público muestra distintos perfiles, algunos de ellos preocupados más por el interés general de la sociedad, otro más inclinado por intereses particulares que reclaman una mayor simetría negocial. A este estadio, vale la aclaración, se arribó hace no tantas décadas, pese a que la noción de orden público está entre nosotros —y entre todos aquellos ordenamientos tributarios del Código de Napoleón— hace ya un buen tiempo.

Es que si bien el *Code Civil* lo tiene consagrado en su art. 6º, y nuestro derogado Código Civil lo replicaba en el art. 21, lo cierto es que los cambios ocurridos tanto en su contenido como en su aplicación siguen muy de cerca el desarrollo del Estado y su relación con la ciudadanía. La mayor injerencia estatal en los distintos planos de la sociedad trajo consigo, naturalmente, una revalorización del orden público en tanto herramienta de salvaguarda de intereses; ya no solo interesa resguardar aquellas clásicas instituciones decimonónicas —v. gr., la capacidad, la familia o el derecho de las cosas— sino que, a ello, se le adicionan componentes tanto económicos como sociales.

Así, el principio de la autonomía de la voluntad, derivado de la idea de libertad y exacerbado por los pensadores racionalistas, comenzó a sufrir limitaciones en el campo de las relaciones patrimoniales, a diferencia de lo ocurrido en los negocios extrapatrimoniales (33). En efecto, habiendo conformado dicho principio el núcleo de la teoría clásica del contrato, se tiene afirmado

(33) Con particular acierto, se ha dicho que “se asiste en la actualidad a una renovada expansión de la autonomía de la voluntad, desmintiendo a quienes presagiaban, no hace tiempo su crisis y el crepúsculo y la muerte del contrato”. Aclarando luego que ello no ha de presentarse con igual intensidad en el sector del negocio jurídico patrimonial (TOBIAS, José W., “La protección de la voluntad en la contratación contemporánea”, LL 2010-B-966).

que en los tiempos contemporáneos se asiste a una cierta declinación del mismo (34).

Los cambios a nivel social, cultural y económico ocurridos principalmente durante el siglo XX pusieron de manifiesto que la fórmula del *laissez faire, laissez passer* no conducía a ningún equilibrio ni armonía entre los contratantes (35); por el contrario, la interferencia en dichas relaciones se volvía imperiosa so riesgo de permitir abusos por parte de aquellos con poder de negociación. La libertad contractual, analizada ya bajo las perspectivas más modernas, reconoce límites allí donde la regulación que los particulares se intenten dar transgreda los intereses del cocontratante o los de la sociedad (36); es este el proceso de “publicización” del contrato que se enraíza en una tendencia de neto corte solidarista.

Si en algún momento, parafraseando a Fouilleé, quien decía contractual decía justo (*qui dit contractuel di juste*), hoy tal aseveración, que sustentó el más puro liberalismo económico, se presenta inconsistente con el nuevo cuadro axiológico que informa a las sociedades del siglo XXI.

(34) Declinación que le ha sido atribuida a: 1) que la autonomía de la voluntad dejó de ser el fundamento único de las normas decimonónicas; 2) que su respeto irreflexivo conduce a consecuencias injustas e ineficaces, y 3) al desarrollo que tuvo el orden público (CABRILLAC, Rémy, *Droit des obligations*, Dalloz, Paris, 2004, ps. 17/19). También se ha señalado, con acierto, que el criterio de justificación de la fuerza vinculante del contrato no residiría ya en el dogma de la voluntad sino en el criterio de lo justo y lo útil (GHESTIN, J., *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 1993, p. 202, cit. por TOBIAS, José W., *La protección de la voluntad en la contratación contemporánea*, cit.; MAYO, Jorge, “La autonomía de la voluntad ¿es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato?”, LL 1996- E-833).

(35) Amplíese en: GOLDENBERG, Isidoro, “Impacto tecnológico y masificación social del derecho privado”, LL del 12/10/1989, p. 1.

(36) LARENZ ha puntualizado que la auténtica libertad contractual no habrá de hallarse en aquellos contratos en las cuales una de las partes impone las condiciones, ya sea por su situación monopolística o por su predominio económico (*Derecho de obligaciones*, trad. de Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. I, p. 73, nro. 5.II, nota 8). Véanse, al respecto, los valiosos aportes de REZZÓNICO (*Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987, ps. 330 y ss., nro. 240; *Principios fundamentales de los contratos*, cit., p. 222, nro. 125).

En los tiempos actuales, según se sostiene, la libertad individual es llamada a desarrollarse hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una determinada sociedad. Al mismo tiempo, resulta socialmente aceptable que se introduzcan desigualdades excepcionales a fin de que se maximicen las porciones que le correspondan a aquellos sectores más desfavorecidos (37). No es casual que el legislador contemporáneo acuda cada vez con mayor frecuencia a declarar el carácter de orden público de una determinada ley (38); la excepcionalidad que supo tener tal calificación, podemos afirmar, ha mermado.

Una de las implicancias que trajo consigo este nuevo estado de cosas es la mayor polivalencia que se le ha asignado al orden público; conocer sus rostros, por caso, permite comprender los distintos objetivos que persigue el ordenamiento cuando se califica a una determinada norma como tal, de lo que se sigue que los efectos jurídicos puedan diferir según el tipo de orden público de que se trate, ya sea de *dirección*, de *coordinación* o de *protección* (39).

El orden público de protección al consumidor, reconocido en el inciso 2º del art. 6º del anteproyecto en glosa, y al cual se alude en el art. 65 de la ley 24.240 hoy vigente, pretende proteger a una de las partes contratantes a fin de restablecer el desequilibrio negocial. Si la garantía

(37) La Corte Suprema, en fallo reciente, ha tenido oportunidad de referirse a la cuestión y, puntualmente, sostuvo que tales ideas “se adecuan a la regla de la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) y se compadecen con la distribución diferenciada a través de medidas de acción positiva destinadas a garantizar la igualdad real de oportunidades y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Carta Magna y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (CS, 18/12/2018, “Blanco, Lucio Orlando c. ANSeS s/ reajustes varios”). Ampliar en: RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, FCE, 2006.

(38) Así lo han advertido: MALINVAUD, Philippe, *Droit des obligations*, cit., p. 184, nro. 253; RIPERT, Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, cit., p. 275, nro. 141; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 73, nro. 52.

(39) Véanse las adelantadas observaciones de RIPERT, Georges en su *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, cit., ps. 273 y ss., nros. 140 y ss.

constitucional de la igualdad es pensada en términos de efectividad, evitando dejarla en el plano de lo ficcional (40), se requiere necesariamente de una intervención a fin de resguardar la autonomía de la voluntad de aquellos carentes de todo poder de negociación. Dable es afirmar, entonces, que la autonomía privada en el marco de los contratos no se halla en un proceso de declinación; por el contrario, creemos que en la actualidad se asiste a un proceso de revalorización que intenta lograr su mayor autenticidad por medio de herramientas jurídicas que logren impedir todo aquello que conspire en su contra.

### V. La hipervulnerabilidad del consumidor y el pluralismo jurídico

Prosigase este análisis con el segundo de los principios que ocupan a esta intervención, cual es, el de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad. Al respecto, el inc. 6° del art. 6° del anteproyecto establece que el sistema legal del consumo tutela especialmente a aquellos que adolezcan de una vulnerabilidad agravada.

Preliminarmente, cabe dejar sentado que por consumidor hipervulnerable —también llamado subconsumidor, consumidor particularmente frágil, hiposuficiente o vulnerable— se entiende a aquel cuya vulnerabilidad estructural, propia del vínculo que lo une con el proveedor, se ve agravada en razón de otra condición distinta a aquella; su edad, su condición psicofísica, cultural, socioeconómica, o su género son factores que pueden terminar acrecentando tal asimetría.

Criteriosamente, frente a tal situación el anteproyecto responde tanto por vía reglamentaria como de principio: luego de establecerlo como directriz general (art. 6°, inc. 6°), del resto del articulado surgen diversas disposiciones a nivel de la información (arts. 10, inc. 4°, y 13, inc. 1°), de las prácticas abusivas (arts. 19, 23 y 24), de la protección contractual (art. 37), institucional (art. 142, inc. 1°), procesal (art. 170), entre otras.

(40) Corresponde remitir a las reflexiones efectuadas por DE LORENZO sobre el “mito de la igualdad ante la ley” (“Sobre ficciones y mitos en el derecho privado”, LL 2007-A-854).

Esta mirada atenta del texto anteproyectado coloca a los operadores jurídicos en una mejor situación, en tanto en el ordenamiento hoy vigente soluciones como las allí plasmadas solo se alcanzan luego de aplicar sofisticadas técnicas de interpretación que, con perspectiva holística, logren hacer confluír los distintos regímenes tuitivos. Precisamente, en tiempos de posmodernidad se presencia una multiplicidad de microsistemas que abordan los asuntos desde la particularidad, todos los cuales se hallan informados por sus propios principios y presentan reacciones jurídicas distintas en función de la diversidad. Esto, que ya no es nuevo, ha requerido un ajuste hermenéutico que permita paliar tal complejidad, puesto que las pautas tradicionales de interpretación del derecho se demuestran insuficientes para dar un adecuado abordaje a todos los casos que hoy al derecho privado le tocan resolver (41).

En términos prácticos, podemos afirmar que las principales consecuencias que se derivan de la tarea interpretativa descrita son las siguientes:

- Acentuación del principio protectorio.

Siendo que nos encontramos ante casos donde devienen aplicables diversos regímenes tuitivos, el resultado de ello no puede conducir a la exclusión de las protecciones sino a su convergencia. Así lo establece el art. 3° del anteproyecto.

(41) GHERSI, Carlos, *La Posmodernidad Jurídica*, Gowa, Buenos Aires, 1995. Es recurrente la cita de Erik JAYME, quien desde el curso general de La Haya del año 1995 se ha ocupado de trabajar esta nueva matriz, la cual procura dar solución a la pluralidad de normas aplicables a un único caso mediante su correcta coordinación (*Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haya, 1995, II, p. 60 y ps. 251 y ss., cit. por LIMA MARQUES, Claudia, en HERNÁNDEZ, Carlos - STIGLITZ, Gabriel (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, cit., t. I, ps. 144 y ss.). Recientemente, aunque no por primera vez, GUIBOURG ha manifestado su oposición a algunas de las ideas que aquí volcamos, aduciendo que no sería deseable librar tal tarea interpretativa al juez, lo cual observa como parte de una generalizada tendencia consistente en ampliar el margen de discrecionalidad judicial (“Justicia, mercado y racionalidad”, LL del 12/2/2019, p. 1).

- Adecuación de los institutos.

Las clásicas herramientas de protección al consumidor exigen una adecuación a la particularidad del sujeto en cuestión, en tanto que lo contrario tornaría a las mismas carentes de toda efectividad y no representarían más que una observancia parcial a la pluralidad de fuentes normativas aplicables al caso.

- Agravamiento en el análisis de la interrupción del nexo causal.

En el terreno de la responsabilidad civil, según se sabe, el análisis a realizarse de la relación de causalidad a los efectos de atribuirle al consumidor/víctima un aporte causal suficiente para exonerar al proveedor de responder es de mayor rigurosidad al que, como dijera la Corte Suprema, corresponde aplicar en una relación entre comerciantes (42). Esto, que es receptado por el anteproyecto en el art. 115, tiene por derivación que cuando se trate de un consumidor hipervulnerable, el juez, al analizar el planteo tendiente a interrumpir la ligazón causal con fundamento en el hecho de la víctima, sea incluso más estricto que con un consumidor cuya vulnerabilidad no se encuentre agravada.

Destáquese, por último, la relevancia social que la cuestión presenta; los registros jurisprudenciales así lo demuestran. A título ejemplificativo, véase el caso en donde se consideraron insuficientes las medidas adoptadas para cumplir con el deber de información en relación a una consumidora de edad avanzada (43), o con el deber de seguridad con respecto a niños (44), o en el que se resolvió condenar a una empresa de transporte por no permitir el ingreso a una

persona con discapacidad(45), o aquel en el cual se responsabilizó a un proveedor por impedir el ingreso a su comercio a un consumidor discapacitado (46).

## VI. Efectos del orden público de protección

En este estado del análisis permítasenos mencionar, evitando ingresar en mayores desarrollos, los principales efectos que acarrea la calificación del régimen del consumidor como de orden público:

1) Imperatividad. Los otorgantes del acto jurídico no pueden apartarse de estas normas, bajo pena de ineficacia (art. 12). La imperatividad, aclárese aquí, resulta ser una nota que caracteriza a las normas de orden público, mas no un sinónimo de este, en tanto existen normas imperativas en las que no está comprometido el interés general (47).

2) Aplicabilidad de oficio. La observancia de estas normas conlleva la aplicación oficiosa por parte del juez.

3) Irrenunciabilidad. Los titulares de estos derechos no pueden renunciar anticipadamente a ellos, careciendo de todo efecto si así lo hicieren; aunque será válida la renuncia una vez que estos ya hayan ingresado en su patrimonio.

4) Repulsión del derecho extranjero. Se niega la aplicación de disposiciones extranjeras cuando sus soluciones resulten contrarias al orden público argentino (art. 2600).

5) Ineficacia parcial. El acto será parcialmente ineficaz, en tanto solo serán descartadas aquellas cláusulas desequilibrantes.

(42) CS, Fallos 331:819. Se impone la recomendación, sobre el particular, del lúcido desarrollo efectuado por PICASSO ("La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", LL 2008-C-562). BAROCELLI, por su lado, se ha expresado en el mismo sentido indicado en el texto, reflexionando sobre incluso más consecuencias en el marco del derecho de daños ("Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio", LL del 23/3/2018, p. 1).

(43) SC Mendoza, 26/7/2002, "Bloise de Tocchi, Cristina Y. c. Supermercado Makro SA", LL Gran Cuyo 2002-726.

(44) CNCiv., sala A., 21/11/2012, "R., F. y O. c. Parque de la Costa SA y O", AP/JUR/4253/2012.

(45) CNCiv., sala A, 18/11/2016, "M., N. A. c. Empresa San José SA s/cobro de sumas de dinero", RCCyC 2017 (mayo).

(46) Nos referimos al *leading case* en materia de daños punitivos: CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 27/5/2009, "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina s/reclamo contra actos de particulares", AR/JUR/14126/2009, con sentencia confirmatoria de la SC Buenos Aires de fecha 6/11/2012, AP/JUR/3381/2012.

(47) En contra: ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLFF, Martín, *Tratado de derecho civil (parte general)*, Bosch, Barcelona, vol. I, t. I, p. 191, nro. 45; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil*, cit., t. I, ps. 66/67, nro. 47.

6) ¿Nulidad absoluta? Nos interrogamos acerca de si el régimen de nulidades resulta aplicable al derecho del consumidor o si, en cambio, la sanción de ineficacia que allí se presenta forma parte de una categoría atípica (48). Siguiendo aquella binaria clasificación entre nulidad absoluta y relativa, no caben dudas de que este tipo de ineficacia se asemeja más a la primera que a la segunda, en tanto no resulta admisible la renuncia anticipada ni tampoco el acto se sana por medio de la confirmación ni por la prescripción (49); empero, tener por “no escritas” aquellas estipulaciones contrarias a dicha normativa puede significar diferencias a la hora de aquilatar los efectos que la declaración de ineficacia aparezca. Las consecuencias que se siguen de la nulidad absoluta, apropiadas para aquellas tradicionales hipótesis para las cuales fue pensada, no lucen ajustadas a los intereses que este microsistema persigue proteger ni, así tampoco, a las necesidades del tráfico económico (50); lo deseable no es volver las cosas al *statu quo ante*, sino “civilizar” el acto (51).

## VII. Reflexiones finales

1. La consagración de principios, pese a los esfuerzos que su interpretación y aplicación apareja, resulta ser una técnica de suma solven-

(48) SANTARELLI propone replantear el régimen de ineficacias en función de la moderna dinámica del mercado (*Contrato y mercado*, cit., ps. 300 y ss.).

(49) La Corte Suprema no ha sido titubeante al decir que las cláusulas abusivas no pueden ser objeto de una renuncia anticipada ni tampoco subsanarse por medio de la anuencia del consumidor (CS, Fallos 340:172).

(50) Con preocupación, RIPERT advertía sobre los problemas que trae consigo, en ciertos supuestos, la restitución de las cosas al estado anterior, concluyendo que en estas hipótesis regiría una *nullité de protection*, la cual no perdería los rasgos de absoluta pero que, en ciertos aspectos, recibiría un trato como si fuera relativa (*Le régime démocratique et le droit civil moderne*, cit., p. 273 y ss., nros. 140 y ss.; véase también, aunque sin el mismo desarrollo, RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1963, t. I, p. 460, nro. 645).

(51) LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, t. I, p. 733.

cia para una realidad tan compleja como cambiante. Al mismo tiempo, la trascendencia de los principios anteproyectados resulta una derivación del dominio que tienen sobre las reglas particulares, en tanto estas no serán más que una aplicación concretizada de aquellos (52).

2. El orden público de protección, al tratarse de una herramienta que jerarquiza intereses particulares que se encuentran en condiciones de desigualdad, luce como el *status* adecuado para el vínculo del consumo, el cual —por concepto— es desnivelado. Aquí no hay novedades.

3. En lo que respecta al principio de protección especial de los consumidores hipervulnerables, corresponde puntualizar que, más allá de las diversas disposiciones particulares diseminadas a lo largo del anteproyecto, lo cierto es que su inclusión a nivel de los principios se demuestra acorde con la diversidad de situaciones en las cuales dichos sujetos a diario se encuentran, por lo que se estima auspicioso la incorporación de un instrumento que logre acaparar la globalidad.

No es ocioso mencionar, asimismo, que la adecuada tutela del consumidor hipervulnerable requiere, necesariamente, de una perspectiva constitucional y convencional lo suficientemente acendrada de modo tal que las decisiones judiciales logren equilibrar la extrema asimetría en la que aquellos se hallan en relación con el proveedor. El sistema de protección de los niños, de los ancianos, o de los discapacitados, por caso, remite directamente a la teoría de los derechos humanos, lo que torna ineludible su más acabada asimilación para así arribar a soluciones atentas de todo el bagaje tuitivo.

Sirvan estas normas, en caso de no ver su luz, como una reafirmación de los buenos trazos de la cultura jurídica nacional.

(52) “Le principe domin les règles particulières qui viennent se ranger sous son application” (RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955, p. 329, nro. 134).





# El derecho de acceso al consumo en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

LAURA PÉREZ BUSTAMANTE (\*)

## I. Concepto y encuadre jurídico

El acceso al consumo es conceptualizado como el derecho a satisfacer las necesidades consideradas básicas en una sociedad, determinadas por su momento histórico de referencia. Hoy, en nuestro medio, su contenido puede referenciarse en las Directrices de Protección al Consumidor de Naciones Unidas (1) y en la doctrina especializada en la materia. Existe consenso actual de entender incluido en el concepto la satisfacción de las necesidades de agua potable, salud, educación, vivienda, servicios públicos —energía y comunicaciones—.

---

(\*) Doctora de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Posdoctora de la Facultad de Derecho de la UBA. Especialista en Derecho de los Recursos Naturales, UBA. Directora del Posgrado de Derecho del Consumidor Profundizado de la UBA. Profesora de grado, posgrado y doctorado de la Facultad de Derecho, UBA. Investigadora UBA y CEIDIE. Presidenta de la Comisión de Derechos de Incidencia Colectiva de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Ejerce su profesión de abogada y ha desempeñado funciones en ONGs de consumo, organismos de control y defensa del consumidor. Autora de los libros *Justicia de Consumo*, Astrea, 2017; *Hacia una nueva técnica legislativa: el ejemplo ambiental*, La Ley, 2013, *Derecho Social de Consumo*, La Ley, 2004 y 2014; *Los derechos de la sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente*, Colihue, 2007; *Derechos del Consumidor*, Astrea 2004 y 2008; así como de numerosas obras colectivas y artículos especializados.

(1) Las directrices fueron aprobadas por la Asamblea General en su resolución 39/248, del 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7, del 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186, del 22 de diciembre de 2015.

El derecho de acceso al consumo ha sido categorizado en el esquema de reparto de las categorías jurídicas como un derecho subjetivo (2) y como un derecho social de tercera generación con enclave en los derechos humanos (3).

Como derecho subjetivo, responde al análisis de las relaciones entre derechos, poderes y sujeciones que formula Hohfeld en su teoría, por la cual, al derecho, entendido como pretensión, debe adicionarse la idea de derecho como privilegio, potestad e inmunidad, siendo el interés de dicha clasificación su caracterización a través de las relaciones con sus opuestos jurídicos —situación en que se encuentra una persona cuando no está en la situación que el concepto denota—, y por sus correlativos jurídicos —situación en que se encuentra la otra persona frente al titular del derecho en el sentido señalado— (4).

---

(2) PEREZ BUSTAMANTE, Laura, “El derecho de acceso al consumo como derecho subjetivo”, *www.astrea.com.ar*, sección doctrina, año 2003.

(3) PEREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derecho Social de Consumo*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004 y 2014, ps. 81 y ss., *Derechos del Consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 7, y *Los Derechos de la Sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente*, Colihue, Buenos Aires, 2007, ps. 231 y ss.; TAMBUSI, Carlos, “Los derechos de los consumidores son derechos humanos”, en *Revista Lex*, Facultad de Derecho y Cs. Políticas de la Universidad Alas Peruanas, 2014, <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i13.38>, y *El consumo como derecho humano*, Universidad, Buenos Aires, 2009.

(4) HOHFELD, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, CEAL, Buenos Aires, 1968 (“Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning”,

Así, a un derecho subjetivo dado se opone un no-derecho, a un privilegio un deber, a una potestad una incompetencia, y a una inmunidad una sujeción. Por su parte, de los correlativos surge que a un derecho subjetivo corresponde un deber, a un privilegio un no-derecho, a una potestad una sujeción y a una inmunidad una incompetencia.

Veamos algunos ejemplos:

1) El consumidor que ha pagado el precio de un bien o servicio tiene un derecho (*claim-right*), frente al proveedor, de entrega o prestación conforme a lo estipulado o publicitado, puesto que este tiene el deber (*duty*) de entrega o prestación (conf. Cód. Civ. y Com. y ley 24.240). Si el consumidor no estuviera en la situación jurídica que lo coloca el haber pagado el precio (ni en otra habilitante a exigir el cumplimiento de la pretensión) (5), su situación sería de no-derecho, y consecuentemente, no estaría legitimado para el ejercicio de acciones.

2) El consumidor que ha recibido una cosa sin que esta fuera solicitada, no está obligado a restituirla, aunque dicha restitución fuere libre de gastos (conf. art. 35, ley 24.240). En este caso, no puede considerarse que hubo manifestación tácita en el sentido de la aceptación de lo ofrecido (art. 979, Cód. Civ. y Com.) y, por ende, no puede exigirse el pago del precio del bien. En tal circunstancia, el consumidor se encontraría en una situación de privilegio frente al proveedor, ya que podría conservar la cosa sin abonar su precio; por su parte, el proveedor no tiene derecho a exigir el pago de lo entregado.

3) El consumidor que ha firmado un contrato de los contemplados en los arts. 32 y 33 de la LDC (venta domiciliaria y por correspondencia respectivamente) tiene la potestad de revocar la aceptación de la oferta y, en consecuencia, modificar su relación jurídica con el proveedor, durante el plazo de cinco días contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna, en los términos del art. 34

23 *Yale Law Journal* 16 (1913), y DE PÁRAMO, J. R., "Derecho subjetivo", en *El derecho y la justicia*, Madrid, 1996.

(5) V.gr., el incumplimiento de la oferta (art. 10 bis, ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en adelante LDC).

LDC. En tal caso, el proveedor se encuentra en posición de sujeción respecto a la decisión del consumidor, máxime tomando en consideración que, conforme la norma mencionada, esta facultad de revocación no puede ser dispensada ni renunciada.

4) Los consumidores y usuarios tienen inmunidad frente a los proveedores de bienes y servicios en materia de renuncia de derechos (Principio de irrenunciabilidad, art. 65, LDC), por lo que una cláusula que imponga renuncia de derechos será inválida (no altera el status del consumidor), y no obliga al consumidor a su cumplimiento (ausencia de sujeción).

El encuadre jurídico del derecho de acceso al consumo remite al art. 42, CN (6), el cual enuncia una serie de derechos que presuponen, en principio, la existencia del derecho de acceso al consumo, si bien no lo menciona de manera explícita. Es pacífica la doctrina en entender que el derecho en análisis resulta requisito indispensable para la vigencia efectiva de los explícitamente contemplados y por eso se lo cataloga derecho implícito. La mención expresa de algunos de sus componentes en el art. 42, la interpretación sistemática del texto constitucional con especial referencia al art. 41 como veremos seguidamente y lo dispuesto por los tratados internacionales con jerarquía constitucional en la materia abonan este criterio.

Lo explicado hasta aquí responde a la necesidad de comentar el art. 5º, inc. 3º, del Anteproyecto de reforma de la LDC en cuanto a la ubica-

(6) "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

"Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

"La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

ción formal que el mismo le asigna a este derecho en particular. La norma proyectada contempla el derecho de acceso al consumo de manera expresa, aunque como principio. Esta última circunstancia, a nuestro modo de ver, no obsta a su vigencia efectiva como derecho subjetivo, ya que su mención no es constitutiva del derecho de acceso como tal, ello proviene, como hemos visto, de su superior jerárquica —la misma Constitución Nacional— y cuenta, a esta altura, con un marcado desarrollo jurisprudencial.

Es dable recordar que el art. 42 de la CN, consagradorio de los derechos de los consumidores y usuarios, se encuentra en la primera parte, capítulo segundo, denominado “Nuevos derechos y garantías”. Si se toma en cuenta esa ubicación en su interpretación, queda excluida la posibilidad de clasificarlo como declaración, dado que estas últimas se tratan en el capítulo I de la Carta Magna. La consecuencia jurídica de la ubicación de los derechos de los consumidores señalada tiene como correlato su operatividad, de acuerdo con la jurisprudencia de la CSJN, y en esto radica la impronta del punto.

Por lo anterior, considerando que el acceso al consumo se encuentra en nuestro plexo de derechos positivos constitucionales, a nuestro parecer, sería técnicamente más adecuado situarlo en la sección 4ª del Anteproyecto en comentario sobre deberes a cargo del Estado. Afianzan esta postura las recomendaciones expresas en la materia dadas por las Directrices de Protección al Consumidor de las Naciones Unidas, fuente normativa del anteproyecto en comentario. Dicho documento señala expresas conductas requeridas al Estado en relación al derecho en análisis. Desarrollaremos el tema en el punto II del presente comentario.

Lo analizado tiene implicancias prácticas trascendentes a la hora de determinar si los habitantes tienen derecho a exigir del Estado los comportamientos relacionados con las normas de consumo y, en caso afirmativo, en qué extensión.

El primero de esos interrogantes no puede resolverse sino en sentido afirmativo: la norma es clara en cuanto a derechos, beneficiarios y obligados, establece derechos, fija deberes correlativos y otorga acciones para su reclamo. Verbigracia, los habitantes, en calidad de con-

sumidores, tienen derecho, entre otros, a recibir educación para el consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno, a la representación; y el Estado debe proveer a la satisfacción de tales pretensiones. Asimismo, se legitima a los señalados en el art. 43, CN, y 52, ley 24.240, para accionar judicialmente en torno a ello.

La respuesta al segundo de los planteos —relativo a la extensión del derecho de acceso al consumo— es más compleja y remite a la consideración obligada del contexto en que se encuentra la norma, atendiendo a las exigencias de una interpretación sistemática. De esta manera, intentaremos seguidamente definir qué significa “consumo” y qué significa “acceso” en el texto constitucional, así como el alcance de tales términos.

A tales fines, resulta obligado referir a la sustentabilidad como eje del desarrollo económico y social.

En el capítulo segundo de la primera parte de la Constitución, ya mencionado, se trazan directrices políticas para el sistema económico, así como se introduce una serie de derechos conocidos como derechos de tercera generación o nuevos derechos sociales. En este orden, se presupone la existencia de un mercado y se le asigna al Estado el rol de control sobre el mismo (art. 42, CN), reforzado por las facultades otorgadas a las organizaciones no gubernamentales (arts. 42 y 43, CN), los mecanismos de la democracia semidirecta (arts. 39 y 40, CN) y las instituciones del Defensor del Pueblo (art. 86, CN) y de la Auditoría General de la Nación (art. 85, CN). Pero, junto a la existencia presupuesta del mercado, la Constitución propicia un sistema de desarrollo económico particular: el desarrollo sustentable (art. 41, CN).

Por esta razón, en relación a los nuevos derechos, el art. 42, CN, requiere indispensablemente ser entendido de manera sistemática, y en este sentido, junto con el art. 41 de la Carta Magna, como forma de dar un poco de precisión a los conceptos contenidos en la norma del art. 42, CN, lo que lleva a concluir que, cuando hablamos de consumo, no hablamos de otra

cosa que de consumo sustentable, por las razones que se exponen a continuación.

Es imprescindible acotar aquí que la consideración anterior es igualmente válida para el caso de la definición de desarrollo sustentable, ya que sus definiciones más completas remiten indefectiblemente a la consideración imperativa del plexo de conceptos (o derechos, para el supuesto de definiciones normativas) conexos, que precisan aún más el concepto y sus alcances. De esta manera, en el caso de la definición constitucional, el art. 41 mantiene íntima relación con el art. 42 –derechos del consumidor– por ser el consumo la contracara del desarrollo y, consecuentemente, el desarrollo sustentable correlato del consumo del mismo tipo; así como con el art. 75, inc. 19, que introduce el desarrollo humano como finalidad.

De esta manera, el alcance real de los derechos establecidos en el art. 42, CN, estará dado por las directrices políticas de desarrollo establecidas en el art. 41, máxime tomando en consideración que en muchos supuestos se trata con conceptos de límites difusos.

El paradigma del desarrollo sustentable (7), surgido de la tensión entre el modelo imperante de la “economía profunda” o “economía de frontera” (8) y su reacción, conocida como “ecología profunda” (9), conlleva la introducción de fundamentos ecológicos, ambientales y energéticos en los modelos de desarrollo. Pero, como veremos al analizar las definiciones, evidentemente también implica la interacción entre consideraciones de índole económica, tec-

nológica, política, institucional, social, humana y ética.

En este orden, tanto los paradigmas anteriores como el propuesto por la Constitución reformada suponen la elección de una serie de valores o preferencias que le dan fundamento. En razón de ello, los diversos conceptos de desarrollo sustentable son similares en contenido solo en apariencia, puesto que algunos son más escuetos y parecieran ceñirse a concepciones economicistas, en tanto otros, más amplios, conducen necesariamente al análisis sistemático de conceptos conexos.

En efecto, el desarrollo sustentable, en su versión más genérica, es descrito como “aquel que es capaz de cubrir las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades” (10).

También es definido como un “proceso de cambio social, en el cual la explotación de los recursos, el sentido de las inversiones, la orientación del desarrollo tecnológico y las reformas institucionales se realizan en forma armónica, ampliándose el potencial actual y futuro para satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas” (11).

En forma más amplia, se lo entiende como el “desarrollo referido a la necesidad humana de transformar su entorno y como lógica consecuencia desarrollarse, pero teniendo en cuenta que el entorno no puede verse degradado, o exterminados sus recursos naturales, por ser estos patrimonio común de la humanidad. El gobierno debe emprender medidas tendientes a asegurar un crecimiento permanente de los recursos naturales renovables y una razonable observancia de los plazos de agotamiento de los no renovables, a fin de que las generaciones futuras puedan gozar de ellos.

(7) Utilizado en este trabajo en sinonimia con desarrollo sostenible global, modelo de desarrollo que requiere necesariamente su verificación en los planos económico, ecológico y social.

(8) El paradigma de la economía de frontera impulsa el desarrollo mediante la explotación de los recursos naturales sin tomar en cuenta el carácter finito de los mismos y funciona, de hecho, considerando al medio ambiente como proveedor de insumos ilimitados.

(9) El modelo de la ecología profunda (o modelo de crecimiento cero) es radicalmente opuesto a la economía profunda y justifica el cuidado ambiental más allá de su necesidad o utilidad para el ser humano. Aquí la preservación del medio ambiente es la prioridad y constituye un fin en sí mismo.

(10) Definición de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

(11) Concepto de desarrollo sustentable de la Comisión de Desarrollo y Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en “Nuestra propia agenda sobre desarrollo y medio ambiente”, 1990.

“El concepto de desarrollo sustentable se opone a la idea de ‘crecimiento cero’ que es el congelamiento del crecimiento económico y demográfico y también se opone al concepto de ‘crecimiento a cualquier costo’ que no tiene en cuenta el impacto que este tipo de crecimiento genera” (12).

Nuestra Constitución, en su versión reformada del año 1994, recibe el concepto en el postulado de su art. 41 (13).

En las definiciones en análisis se observa que algunas se centran en el crecimiento económico, poniendo énfasis en los aspectos físicos del desarrollo o manejo óptimo de los recursos naturales y que otras, como la constitucional, tienen eje en el desarrollo humano, señalando en ambos casos restricciones y obligaciones de conducta. En otras palabras, los conceptos anteriores determinan, en definitiva, pautas de comportamiento que funcionan a la manera de directrices de las políticas de desarrollo y de actuación social (conductas facultativas, prohibidas y obligatorias en relación al desarrollo y al medio ambiente).

En este orden, todos los conceptos de desarrollo sustentable tienen mínimamente en común dos cosas: la contemplación de la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras y la utilización racional de los recursos naturales.

---

(12) Definición de la Cátedra de Bioética de la UNESCO.

(13) Art. 41 CN: “Preservación del medio ambiente. Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

“Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

“Corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarla, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

“Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

Ahora bien, dijimos que el paradigma del desarrollo sustentable tiene como sus antecedentes extremos a la economía profunda y a la ecología profunda, los cuales representan paradigmas de gestión ambiental de tensión máxima entre antropocentrismo y ecocentrismo. Ya en este punto se hace necesario preguntarnos en qué relación de fuerzas se encuentran ambos reflejados en el modelo de desarrollo sustentable, así como advertir los aportes novedosos que este último introduce.

De la definición constitucional y de sus elementos constitutivos (sustentabilidad, utilización racional de los recursos, preservación del medio ambiente, desarrollo humano) se desprende que, en esta concepción, la preservación del medio ambiente no tiene una finalidad en sí misma, como en el modelo de ecología profunda, sino que es una condición necesaria para posibilitar el desarrollo sostenido en el tiempo. En el mismo sentido, la utilización racional de los recursos tampoco constituye un fin, sino que es requerida solo como un medio de garantizar la sustentabilidad del sistema. La finalidad consiste en la satisfacción de las necesidades humanas presentes y futuras y su tensión máxima es el desarrollo humano.

El desarrollo humano es entendido como aquel “en cuya base se halla el principio de la universalidad de las aspiraciones vitales, reconociendo las aspiraciones vitales de todos –mujeres, hombres y niños– sin discriminación. Exige un mundo en que el consumo sea tal que todos tengan suficiente para comer, ningún niño carezca de educación, no se deniegue atención de salud a ningún ser humano, y toda la gente pueda desarrollar su capacidad potencial plenamente. La perspectiva del desarrollo humano valora la vida humana por sí misma. No valora a la gente simplemente porque pueda producir bienes materiales, por importantes que estos puedan ser. Ni valora la vida de una persona por encima de la de otra” (14).

Resulta de evidente importancia la inclusión de este concepto para desentrañar si existe, al menos formalmente, el derecho de acceso al consumo como derecho subjetivo.

---

(14) Concepto del Informe del PNUD, año 1998.

Pero aquí nos encontramos nuevamente con una definición abierta. Será, consecuente y necesariamente, la evolución del sistema y de los subsistemas que lo integran (económico, ecológico y social) lo que fije los contenidos concretos (sean de fondo o procesales) de la definición de desarrollo humano para cada momento histórico, habida cuenta de que se trata de un enunciado de máxima y de contenido prácticamente ilimitado. De todas maneras, la previsión del desarrollo humano, aun en su concepción más restringida, importa reconocer la necesidad del acceso a los bienes y servicios que tiendan a facilitarlos.

Puede decirse entonces, a partir del juego de los conceptos analizados, que este sistema dinámico integrado se halla diseñado, estructural y funcionalmente, para atender las necesidades de un número de generaciones no definido de antemano. Por su parte, la utilización racional de los recursos naturales no es sino uno de los medios de que dispone el sistema (en el caso para atender necesidades funcionales derivadas de limitaciones del subsistema ecológico) para atender a sus fines. En este sentido, la racionalidad de la utilización estará definida y condicionada por la evolución científica, tecnológica, social y cultural y merece ser enfáticamente explicitada por su importancia y su necesidad actuales.

Lo anterior remite al tema de la temporalidad del sistema. Su decadencia y su muerte estarán determinadas por la evolución o el estancamiento de los subsistemas que lo integran, así como por el desarrollo de los mecanismos que posibilitan la consecución de sus fines. De esta forma, a mero título enunciativo, la evolución de las relaciones sociales, los cambios de valores, el dinamismo de la evolución tecnológica, su influencia en la superación de las limitaciones ambientales y económicas, son factores que marcarán los límites de la existencia del sistema así como el contenido concreto del concepto de desarrollo humano.

Nos encontramos en condiciones de concluir que el equilibrio entre los modelos de desarrollo opuestos depende de la preferencia por el desarrollo para la satisfacción de necesidades, que proviene de la economía de frontera y del reconocimiento de las limitaciones ambientales, tomado de la ecología profunda, pero con

eje en el desarrollo. La equidad generacional e intergeneracional en la satisfacción de las necesidades se convierte en la nota distintiva novedosa del concepto de desarrollo sustentable en cuanto a su finalidad que, sumada a los requerimientos propios de la sustentabilidad, completa el nuevo modelo. En relación a esto último, el desarrollo sustentable se aparta sustancialmente de los dos paradigmas anteriores, rechazando el crecimiento cero en nuestro país (puesto que implicaría aceptar los niveles actuales de pobreza) así como el crecimiento a cualquier precio, habida cuenta de los costos ambientales que conlleva. Ambos supuestos son absolutamente incompatibles con el concepto de sustentabilidad, por contradecir los presupuestos de equidad generacional e intergeneracional, generar impactos ambientales negativos y tener consecuentemente repercusiones económicas adversas. En otras palabras, pobreza (consecuente a la falta de acceso) y consumismo (consecuente al tipo de desarrollo de la economía profunda) son incompatibles con el requisito de sustentabilidad del sistema de desarrollo marcado por la norma del art. 41, CN.

Esto se ve aún más acentuado en las definiciones amplias de desarrollo sustentable, como es el caso de la contenida en nuestra norma constitucional, que alude al desarrollo humano como finalidad y, por ende, no solo supone la satisfacción de las necesidades básicas o se conforma con la elevación del nivel de vida, sino que reclama la satisfacción de las necesidades y de las "aspiraciones" del ser humano, lo que indefectiblemente deriva en desarrollo de la plena potencialidad del ser.

Es momento, entonces, de dar respuesta afirmativa al interrogante planteado sobre la existencia del acceso al consumo como derecho subjetivo. En este sentido, cuando hablamos de "acceso", significamos posibilidad de satisfacer nuestras necesidades básicas en los términos de referencia histórica, claro está; cuando hablamos de "consumo", hacemos referencia al consumo sustentable, entendido como aquel que permite la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer la satisfacción de las futuras.

La adopción del modelo de desarrollo sustentable tiene por objeto el desarrollo humano, que conlleva la satisfacción de las necesidades

humanas y supone, por ende, el acceso a bienes y servicios. Si bien la medida de tal acceso estará marcada por las particularidades de cada momento histórico (nivel de evolución del desarrollo, valoraciones sociales, etc.), tales circunstancias fácticas no obstan a la existencia del derecho de acceso al consumo como derecho subjetivo, con los alcances analizados.

Si se aplica a las conclusiones precedentes el sistema de conceptos elaborado por Hohfeld, al que nos referimos al comienzo de este trabajo, parece claro que, en el derecho del consumidor, tal como ha sido estructurado desde la Constitución y no meramente por referencia a la ley 24.240, no solo hay derechos y obligaciones, poderes y sujeciones entre el proveedor y el consumidor: existe, además, una relación jurídica que excede el marco privado y compromete al Estado. En efecto, los individuos tienen derecho (*claim-right*) a acceder a un nivel de consumo compatible con el desarrollo sustentable; los poderes públicos tienen el deber (*duty*) de adoptar las medidas necesarias para la efectividad de aquel acceso y se encuentran sujetos (*liability*) a responsabilidad frente al poder (*power*) que la Constitución confiere a toda persona para obtener la satisfacción concreta de sus pretensiones amparadas por una garantía constitucional. Qué tribunal sea competente para formular este reclamo o cuáles sean las medidas con las que el Estado haya de cumplir el deber impuesto por la ley fundamental son temas instrumentales: la eventual ausencia o imprecisión de tales previsiones, como resulta del precedente “Siri”, no ha de ser obstáculo para que los derechos proclamados lleguen a sus destinatarios.

Por esto, cuando la norma proyectada en comentario establece como principio en su art. 3.5: “El sistema de protección del consumidor garantiza el acceso al consumo de bienes y servicios de calidad” demarca un derecho como prerrogativa cuyo correlativo es la sujeción estatal a su cumplimiento mediante la adecuada regulación del mercado y, en su caso, mediante su actuación directa, para todos aquellos que se encuentran excluidos del mismo, dando cuenta de su *status* de derecho humano. Estas dos intervenciones del derecho del consumo —de justicia conmutativa y de justicia distributiva— son consecuencia propia de sus categorías jurídicas

de pertenencia, la individual y la social, y por tanto, se encuentran sujetas a las reglas constitucionales de progresividad y no regresividad respecto de su contenido, en cumplimiento de la meta constitucional (art. 41, CN) de propiciar el desarrollo humano.

No es menor la preocupación en torno a la generalización de los reclamos de los derechos sociales en razón de la supuesta interferencia del Poder Judicial en áreas de competencia de los otros poderes, y la consecuente postura de no judiciabilidad de las cuestiones relativas a la distribución de los recursos estatales —presupuesto—. Sobre el particular, pensamos que, en el marco del actual orden constitucional, el sistema de desarrollo en él previsto y su jurisprudencia, los deberes impuestos a los órganos estatales de satisfacer los derechos sociales, en otras palabras, proveer al bien común, razón de ser del Estado, conllevan la necesaria colaboración de todos los órganos del poder en miras a la consecución de tal imperativo constitucional. Al respecto, es oportuno recordar que la finalidad del principio de división de poderes es la de asegurar los derechos de los individuos, tal como lo entendiera Montesquieu; y consecuentemente, no puede ser utilizado de manera de obstar a su efectivización.

Adicionalmente, de acuerdo con la redacción de la norma analizada y su interpretación contextualizada en el marco de nuestro régimen jurídico, el derecho de acceso al consumo en nuestro país debe cumplir con estándares de calidad determinados, conforme a las recomendaciones de las Directrices de Protección del Consumidor de Naciones Unidas, a los cuales remitimos a la hora de su evaluación y la normativa nacional en la materia. Esta previsión resulta fundamental, ya que el derecho de acceso al consumo recae sobre la satisfacción de necesidades básicas —agua potable, salud, educación, medicamentos, ambiente, servicios públicos, entre otros—.

## II. El Estado y el deber de inclusión social (15)

Los derechos de tercera generación tienen marcadas interrelaciones entre sí, como se

(15) PEREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derecho Social de Consumo*, cit., ps.184 y ss.

viera, pero también guardan concordancia, y hasta superposición en algunos casos, con los derechos de segunda generación. En razón de esto último es que se los ha denominado “nuevos derechos sociales”.

Nuestra Constitución Nacional receptó derechos sociales en el art. 14 bis, producto de la reforma de 1957. A partir de allí, el Estado comienza a tener deberes de promoción social, un rol distinto del que tenía en relación a los derechos de primera generación contemplados inicialmente por las constituciones del siglo XIX, donde su función era velar por los derechos y garantías individuales, es decir, se trataba de la regulación de derechos de los ciudadanos como forma de limitar al Estado.

Producto de la evolución histórica y del cambio de las relaciones sociales, irrumpen los derechos de tercera generación, cuyo contenido se extiende desde los tradicionales derechos subjetivos individuales de los particulares entre sí y frente al Estado, hasta las cuestiones de incidencia colectiva. Estas últimas tuvieron su antecedente histórico en los derechos del art. 14 bis mencionado, y hoy se encuentran ampliadas en razón de las problemáticas de la producción y el consumo de la época; así como la modalidad de desarrollo seguida por el texto constitucional a partir de la reforma de 1994.

En efecto, el desarrollo sustentable requiere equilibrio en los planos social, económico y ecológico, y ello importa acentuar los deberes del Estado en estas áreas, de manera que la atención de unas tome en cuenta las necesidades de las otras. De allí el deber del Estado de promover la inclusión social, en cuya base se halla, claro está, la efectivización del derecho de acceso al consumo.

Desde la adopción del criterio de operatividad de los derechos (16), copiosa jurisprudencia ha sobrevenido respecto los derechos sociales. Así se ha dicho que “en virtud del marco constitucional y local —léase Constitución de

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— el derecho a la vivienda resulta plenamente operativo y, en consecuencia, susceptible de tutela jurisdiccional” (17).

Sobre la posibilidad de cada individuo de elegir y materializar su propio plan de vida —o principio de la autonomía individual art. 19, Constitución Nacional—, en la anterior causa se sostuvo, citando a Nino, que “... sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: La vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica (...), la libertad de acceso a recursos materiales (...)”. El Tribunal entendió que “Este principio proclama el respeto por la persona e implica un derecho de no interferencia y un deber de no coartar acciones autónomas y exige, además, la adopción de comportamientos activos por parte del Estado que hagan posible la inclusión social y, consecuentemente, el goce de los derechos fundamentales... el derecho a condiciones mínimas de asistencia e inclusión social es un derecho fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía individual...”

Con similar criterio, en otra oportunidad, se entendió que “... el derecho a condiciones mínimas de asistencia e inclusión social es un derecho fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía individual” conforme al art. 19 de la Constitución Nacional (18).

Siguiendo la doctrina de la Corte Suprema, “El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio” (19).

(17) CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 28/12/2001, “Ortiz, Cécica y otros c. GCBA”.

(18) CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 25/1/2001, “Pérez Víctor G. y otros c. GCBA”.

(19) CS, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social —Estado Nacional—

(16) CS, “Ekmekdjian, Miguel c. Sofovich”, LL 1992-C-543, reiterada con posterioridad a la reforma constitucional en CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 23/6/1998, “Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones”, LL 1998-D-712, entre otros pronunciamientos.



En particular, sobre el derecho a la salud la Corte advirtió el deber impostergable que recae en la autoridad pública de garantizar ese derecho mediante acciones positivas a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales (20).

En esta línea de razonamiento, se ha dicho que “Frente a un estado de necesidad de los derechos fundamentales como son la vida, la salud o la educación, los tribunales de justicia están habilitados para emitir mandamientos judiciales dirigidos a tutelar, en tiempo real, la situación de emergencia que vive la persona, dentro del contexto de recursos con que cuente el patrimonio público, por supuesto. Pero haciendo agotamiento de la investigación recursiva, pudiéndose ejecutar bienes o partidas no afectados a otras prestaciones también esenciales a otros derechos individuales o de la sociedad en su conjunto. Todo depende del sentido de razonabilidad con que se tomen las medidas...” (21).

En la misma ocasión, el tribunal recordó que “... la Corte Suprema tiene sentado...que ‘en su elevada misión de administrar justicia, debe seguir velando por la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (‘Gómez Vielma, Carlos’ del 19/9/99) y que ‘La tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos exige al estado parte lograr ese resultado por medio de la legislación o, en su caso, por las sentencias de sus organismos jurisdiccionales’(‘Artigue Sergio Pablo’ del 25/3/94); agregando que ‘Las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos (...) pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el deber de disposición legislativa alguna. Ello se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del Derecho Internacional de los Derechos Humanos’ (‘Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich’ del 7/7/1992).

s/amparo”. Similar criterio se adopta por la misma sala en autos “Ortiz, Cécica y otros c. GCBA”, y “Perez, Víctor Gustavo y otros c. GCBA s/amparo”. Concordantemente, en “Benítez, María R. y otros c. GCBA s/medida cautelar”.

(20) CS, 24/10/2000, “C. de B., A. C. c. Secretaría de Programas de Salud y otro”, LL 2001-C-32.

(21) JContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala de Feria, 11/1/2001, “Pérez, Gustavo y otros c. GCBA”.

La jurisprudencia ha sostenido que “La constitucionalización del amparo tuvo por finalidad robustecer la tutela judicial efectiva, también receptada en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional en virtud de lo normado en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional (conf. art. 18, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 8º Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 2º, pto. 3, ap. B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)” (CFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, “Asociación Personal Aeronáutico c. EN” del 30/4/1999) y que “... los derechos sociales —entre los que indudablemente se encuentra el derecho a la salud— no constituyen ya para los individuos un derecho de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado —cuando este hubiera organizado el servicio—” (CFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, “Viceconte Mariela C. c. E.N.”, del 2/6/1998).

Es oportuno recordar lo dicho por la Corte Suprema respecto de la forma en que los tratados internacionales pueden ser incumplidos. Al respecto, el Alto Tribunal sostuvo: “... la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado...” (22).

En concordancia con los requisitos de la sustentabilidad respecto a la especial atención que debe prestarse en materia de vulnerabilidad, se ha entendido que “... a efectos de garantizar la autonomía individual de las personas, resulta imprescindible que la autoridad pública respete y promueva, en forma preferencial, los derechos sociales de los grupos más vulnerables” (23).

Las obligaciones del Estado relativas a los derechos sociales fueron precisadas al afirmarse que los derechos sociales implican para las

(22) CS, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, cit.

(23) “Ortiz, Cécica y otros c. GCBA”, cit., y “S. M. G. y otros c. GCBA”, cit.

autoridades “... diferentes niveles de obligaciones, a saber: por un lado, obligaciones de respetar y proteger, que requieren que el Estado no adopte medidas que impidan o dificulten su goce y, a su vez, que garantice que terceros no poiven a las personas del derecho...; por el otro, obligaciones de realizar y promover, que implican el deber estatal de planificar y ejecutar actividades que fortalezcan el acceso...” (24).

Dentro de esta línea argumental, en ocasión de resolverse cautelarmente sobre la continuidad de planes habitacionales y la posibilidad de su modificación en la Ciudad de Buenos Aires, se ha dicho que “... los programas sociales implementados tienen como finalidad dar respuesta a la difícil situación en que se encuentran las familias incluidas en dichos programas. Todo ello al amparo de normas constitucionales que garantizan el desarrollo de la persona, entendida ésta como un ser dinámico que requiere para el ejercicio de la autonomía individual de condiciones mínimas de asistencia, que impida la exclusión social que sólo puede concluir en el menoscabo de derechos fundamentales que tutela la Carta Magna (arts. 19 y 75, inc. 22) como así también la Constitución local (arts. 10, 11, 31 inc. 1)” (25).

A fines de no exceder los límites razonables del presente comentario, a continuación reseñamos algunos pronunciamientos judiciales (26) que marcaron el camino en relación específica con los componentes del derecho de acceso al consumo:

#### *La protección judicial del derecho a la vivienda*

Nuestros tribunales han entendido el derecho de acceso a la vivienda “... no como el derecho a obtener la propiedad de ella, sino como el de vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna

parte, es decir la disposición de un espacio físico adecuado” (27).

Este derecho fue consagrado por nuestra Constitución Nacional en su art. 14 bis junto a los derechos sociales de segunda generación. Actualmente y de acuerdo con el criterio de la comunidad internacional (28), integra el derecho de acceso al consumo, como uno de los derechos humanos fundamentales de tercera generación. Como dijimos, la Constitución Nacional también recepta este derecho a través de los tratados internacionales jerarquizados. En efecto, el derecho a la vivienda se encuentra expresamente previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25, inc. 1º); en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11); en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14, inc. h)), y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º, inc. e), pto. iii).

En ocasión de resolver sobre el desalojo por falta de pago de expensas de una anciana de 85 años, de escasa movilidad, disminuida en su estado de salud y con carencias económicas, acompañada por una hija de 60 años desocupada, el tribunal interviniente recordó las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (29). Debe recordarse, y así lo hizo el tribunal, la doctrina de la Corte Suprema respecto de la interpretación de los tratados conforme a la forma en que sus términos son entendidos por los órganos internacionales encargados de aplicarlos (30).

En este sentido, respecto de los contenidos del derecho a la vivienda, el tribunal señaló que “El Comité ha entendido que uno de los componentes del derecho a una vivienda adecuada es la ‘seguridad jurídica de la tenencia,’ abarca-

(24) “Ortiz, Célida y otros c. GCBA”, cit., y CContencioso administrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 28/12/2001, “S, M.G. y otros c. GCBA”, LL 2002-C-177.

(25) CContencioso administrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 29/10/2001, “Jasmín, José A. y otros c. GCBA”.

(26) PEREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derecho Social de Consumo*, cit., ps. 181 y ss.

(27) “Ortiz, Célida y otros c. GCBA”, cit., y “S, M.G. y otros c. GCBA”, cit.

(28) Directrices de Protección al Consumidor NU, cit.

(29) Órgano de contralor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(30) CS, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich y otros”, LL 1992-C-543, Fallos 316:1669.

dora del derecho a garantías procedimentales suficientes para revisar en sede judicial la amenaza de desalojo. Así, en su Observación General n° 4 ha dicho que todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas' (punto 8 a) y agrega 'aunque algunos desalojos puedan ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados' (punto 11)" (31).

Sobre la vigencia efectiva del derecho a la vivienda, se ha dicho que "... el derecho a la vivienda implica, por su naturaleza, un deber de las autoridades públicas de garantizar un nivel mínimo de efectiva vigencia... en algunos casos será necesario adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen los mínimos exigibles.

"De esta forma, cuando un individuo o grupo es incapaz de acceder a una vivienda digna, el Estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad. Este deber tiene vigencia aún en períodos de crisis, en especial cuando se trata de grupos en situación de extrema precariedad (...)

"... En consecuencia, es obvio que el Estado puede optar entre diversas alternativas para ejecutar la política habitacional, sin embargo, no puede prescindir de planificar y poner en práctica una política de desarrollo habitacional en los términos que prevé la Constitución local" (32).

En la misma oportunidad, el tribunal se inclinó por sentar que la finalización del plazo por el cual los planes habitacionales habían sido establecidos no puede suponer legítima su

supresión discrecional, afirmando que "Por el contrario, para que tal curso de acción resulte legítimo, la demandada debería haber demostrado que, en su estadio actual de ejecución, los diversos planes instrumentados han cumplido sus objetivos. A tal efecto, debió haber acreditado, por caso, que efectuó el correspondiente seguimiento social, proporcionó orientación y asistencia para solucionar la emergencia habitacional, diagnosticó al grupo familiar y efectuó un abordaje interdisciplinario para lograr cambios que permitan superar la situación de emergencia".

Por último, corresponde mencionar que se ha precisado sobre las cuestiones judiciales que "corresponde a los poderes Legislativo y Ejecutivo la determinación de las políticas de gobierno que cumplan con la obligación constitucional de asegurar, por lo menos, *standards* esenciales de acceso a la vivienda, en especial respecto de los sectores más necesitados. La decisión en torno a los cursos de acción —activos o pasivos— que resultan idóneos para hacer efectivo este derecho es materia privativa de la administración". Ello en respeto a la división de poderes, sin embargo, lo anterior no es óbice para enervar la facultad de los tribunales de corroborar, frente a una controversia "... en primer lugar, si el órgano político cumplió con su deber constitucional de reconocer, en forma progresiva, el derecho de acceso a la vivienda", y en segundo término "... determinar si el programa es razonable, en el sentido de que resulta adecuado para satisfacer, ante todo, las necesidades habitacionales de los sectores de la sociedad más desprotegidos". Y, en tercer lugar, comprobar "...si, una vez delineadas las políticas y creados los programas respectivos, éstos efectivamente se cumplen". En este sentido, se ha entendido que "el adecuado cumplimiento de los programas creados a efectos de tutelar el derecho a la vivienda constituye una cuestión plenamente justiciable" (33).

#### *La protección judicial del derecho a la salud*

Comprendido inicialmente entre los derechos implícitos del art. 33 de la Constitución Nacional, el derecho a la salud se torna explícito

(31) TSCiudad Autónoma de Buenos Aires, 7/10/2002, "Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra, Felisa A. y otros".

(32) "S., M. G. y otros c. GCBA", cit.

(33) "Ortiz, Célida y otros c. GCBA", cit., y "S., M.G. y otros c. GCBA", cit.

a partir de la reforma constitucional de 1994, incluyéndose en la enunciación de derechos del consumidor del art. 42. Asimismo, este derecho se encuentra consagrado en varios de los tratados internacionales que actualmente cuentan con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). En efecto, se contempla en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º, inc. e), pto IV); y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11, inc. f)].

En una acción de amparo<sup>(34)</sup> promovido por ONGs que realizaban actividades contra la epidemia del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, en el que se pretendía se obligara al Estado nacional —Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación— a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos del Sida y, en especial, con el suministro de medicamentos, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 14, 20, 43 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, la ley 23.798 y su dec. regl. 1244/1991, la Corte Suprema, remitiendo al dictamen del procurador general, afirmó que “...la vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional)”. Entendió *que* “El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida —principio de autonomía—”.

También recordemos que este precedente sentó que “El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”.

Sobre la legitimación de los actores, les fue reconocida en virtud no solo del interés difuso en que se cumplan la Constitución y las leyes “... sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud, cuyo contenido es la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos que padecen el Síndrome..., además del derecho que les asiste para accionar por el cumplimiento de una de las finalidades de su creación que, en el caso, es la de luchar contra el SIDA”. Por su parte, del voto de los Dres. Moliné O’Connor y Boggiano se extrae el criterio sobre la legitimación de los actores, cuyo reconocimiento en el caso descansó en que “... queda probado en autos, que existen pacientes necesitados de los medicamentos cuya provisión se requiere y asimismo, el objeto de la pretensión —suministro de medicamentos— queda comprendido dentro de los fines de sus estatutos. En tales condiciones, se configuran los requisitos señalados por el art. 43 de la Constitución Nacional...”.

También el derecho a la salud en su faz colectiva fue tratado por la justicia en oportunidad de expedirse en un amparo presentado con el objeto de que se ordenase al Estado nacional que ejecutase la totalidad de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna Candid 1 contra la fiebre hemorrágica argentina; asegurar su inmediato suministro a la totalidad de la población potencialmente afectada por el Virus Junín, e implementar, en coordinación con las áreas públicas competentes, una campaña para restablecer el ecosistema<sup>(35)</sup>. Allí se entendió que “... al haber asumido el Estado nacional el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la fiebre hemorrágica argentina, los habitantes de las zonas afectadas y, obviamente, el Defensor del Pueblo de la Nación se encuentran legitima-

(34) CS, 1/6/2000, “Asociación Benghalensis y otras c. Estado nacional”, LL 2001-B-126 y Fallos 323:1339.

(35) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 2/6/1998, “Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social”, LL 1998-F-102.

dos para reclamarle el cumplimiento de dicho compromiso”.

Asimismo, mereció protección judicial el derecho de los usuarios de medicina prepaga, ante el intento de gravar tal servicio con el impuesto al valor agregado —IVA—, del cual estaba exento hasta el momento, mediante la utilización del veto en una norma (36). Del pronunciamiento pueden destacarse la interpretación del amparo previsto en el art. 43 de la Constitución Nacional, la función de la medicina prepaga respecto del derecho a la salud, la incidencia colectiva de la cuestión en análisis y los aspectos constitucionales sobre el procedimiento de sanción de las leyes y el ejercicio del veto por parte del Poder Ejecutivo.

El juez de la causa comenzó advirtiendo sobre la irrelevancia de la existencia de vías administrativas o judiciales ordinarias como argumento para rechazar la acción de amparo con fundamento en el art. 43 de la Constitución reformada, que refiere solo a “otro medio judicial más idóneo”.

También refirió que “el sistema asistencial integrado por prestaciones estatales y privadas, es apto, por lo menos en teoría, para concretar alguna de las formulaciones que... otorgan actualmente contenido y operatividad al derecho de la salud...”. También consideró que “... en la dinámica del sistema, los derechos de todas las personas beneficiarias o usuarias de tales prestaciones se encuentran interrelacionados de tal forma que no es posible realizar un corte de tipo particular o individual, puesto que en la medida en que se concrete el derecho de algunos a obtener el máximo nivel de atención médica que sus recursos privados les permitan, correlativamente acrecerá el derecho de otros de obtener una mejor atención exclusivamente con cargo a recursos de la comunidad”. Consecuentemente, concluyó por admitir la legitimación procesal de la actora ya que las normas cuestionadas “... son susceptibles de comprometer el derecho de los beneficiarios a obtener el mayor nivel de atención médica que los fondos públicos y privados permitan, en la medida en que tendrán

por efecto el encarecimiento de las prestaciones médico-asistenciales a las que aluden, lo que —según lo indica el sentido común y la limitación de los medios económicos de la población—, determinará la retrogradación en el nivel de los planes contratados en el sistema de medicina prepaga y la exclusión del sistema de una parte de los afiliados que, inevitablemente, derivarán a las obras sociales y a los hospitales públicos”.

Sobre la promulgación parcial del proyecto de ley 25.063 en aquellos aspectos que no fueron materia de observación, el juez consideró que no se trataba de la excepción establecida en el art. 80 de la Constitución Nacional (37). Así entendió que “la eliminación de la exención y la imposición de una alícuota reducida conformaban una unidad que no podía ser desmembrada, como finalmente se concretó, pues independientemente, la una de la otra, carecen de la necesaria autonomía normativa. Por cuya razón, al obrar como lo hizo, el Poder Ejecutivo nacional ciertamente alteró el espíritu del proyecto de ley que había sido sancionado por el Congreso de la Nación, manifiestamente dirigido a gravar con una alícuota reducida en un 50% a prestaciones que se encontraban exentas”. Asimismo, entendió que “... es claro que tanto la prohibición general como la excepción consagradas en el art. 80 de la Constitución, responden al principio rector en la materia, cual es el de la interdicción de la emisión de disposición de carácter legislativo por parte del Poder Ejecutivo, con la consiguiente pena de nulidad, absoluta e insanable (art. 99 inc. 3º), que, en el caso de normas que regulan la materia tributaria, como sucede con la ley 25.065, ni siquiera admite la facultad excepcional de emitir decretos de necesidad y urgencia”. También consideró alterada la unidad del proyecto por el decreto 1517/1998 reglamentario de la norma.

(36) JFed. Contenciosoadministrativo Nro. 1, 18/3/1999, “Adecua c. Poder Ejecutivo Nacional”, LL 1999-C-192.

(37) Art. 80, CN: “Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia”.

En la misma oportunidad, el juez advirtió que “Por el contrario, siendo la ley el producto de una decisión exclusiva del Poder Legislativo, le está vedado a aquél conferir obligatoriedad a una norma distinta de la sancionada, mediante el artilugio de promulgar sólo los aspectos del proyecto que comparte y echando aquellos que no merezcan su aprobación. Por ello mismo en el proceso de formación de las leyes, no cabe otorgar al Poder Ejecutivo el carácter de legislador, pues la promulgación sólo sirve para conferir obligatoriedad a la ley, y para nada más (confr. Germán J. Bidart Campos...)”.

De acuerdo con nuestro marco constitucional, en la situación en análisis no se encontraba completo el procedimiento establecido para la formación y sanción de las leyes, con arreglo al cual el proyecto, con sus observaciones, debía ser enviado nuevamente al Congreso para su estudio y eventual aprobación. Consecuentemente, siendo inválida la promulgación de la ley 25.063, la situación fiscal resultante no se modificó respecto a la que existía con anterioridad, por lo que el servicio de medicina prepaga quedó exento del IVA.

Dentro de los problemas modernos relativos a la salud, el derecho a la asistencia médica a los portadores del virus HIV/SIDA por parte de las empresas de medicina prepaga, también tuvo tratamiento judicial. Ante el amparo presentado por un portador asintomático de la enfermedad atento a la negativa de la empresa de continuar brindando cobertura, la Corte Suprema(38) negó a la posibilidad de corte intempestivo de las prestaciones pactadas contractualmente y las previstas legalmente no mediando incumplimiento de las obligaciones por parte del afiliado (pago de cuota). Entendió que lo contrario atentaría contra el imperativo de permanencia y continuidad de la prestación médica —derivada de la naturaleza previsional que tiene este servicio—, así como los estándares de buena fe y moral y buenas costumbres. Asimismo, se consideró en el precedente que la aceptación de la cobertura médica por el beneficiario tornaba irrevocable el contrato de medicina prepaga; y en el supuesto en que el mismo haya sido celebrado por un exmpleador del beneficiario,

la empresa se encontraba obligada como si el beneficiario hubiera contratado directamente.

También se destacó en el fallo la aplicación de la ley 24.240 —ley de defensa del consumidor— a los contratos de medicina prepaga, ya que se trata de un contrato de adhesión y de consumo; asimismo, sus cláusulas deben interpretarse en favor del beneficiario de conformidad con lo dispuesto por los arts. 37 y 3º del mismo cuerpo legal.

Finalmente, el Alto Tribunal es terminante al considerar que la decisión unilateral de interrumpir la cobertura médica brindada por una empresa de medicina prepaga a un portador de HIV configura ilegalidad manifiesta que torna procedente la acción de amparo, y que tal interrupción vulnera el art. 6º de la ley 24.240 (del voto del Dr. Vázquez).

En otro precedente, de fuerte carácter formalista(39), la mayoría de los integrantes del tribunal, se concentraron en analizar los requisitos formales para la procedencia de la medida cautelar innovativa, sus diferencias con la prohibición de innovar, y dejaron para un segundo plano que se encontraba en juego la calidad de vida de un menor al que se le había amputado un brazo y el Estado no se hacía cargo del costo para la adquisición de la correspondiente prótesis.

Coincidimos con el criterio del Dr. Kipper, que en su disidencia señaló “... es obvio que el reclamante podría obtener la prótesis mediante la interposición de una acción de amparo, en tanto no hubiese un procedimiento más idóneo. Sin embargo, no debe caerse en excesivos rituales y, en la especie, debe valorarse que el pedido ha sido formulado judicialmente en un incidente dentro del pleito principal en el que se persigue la reparación de daños y perjuicios derivados de una supuesta mala praxis, bajo la forma de medida cautelar, lo cual lo asemeja al amparo. Al ser así, carece de sentido e importaría un dispendio de la actividad jurisdiccional, remitirlo a la iniciación de una demanda o vía diferente, cuando en el presente caso se han acreditado las circunstancias de hecho necesarias para resolver.

(38) CS, 13/3/2001, “E., R. E. c. Omint SA de Servicios”, LL 2001-B-687.

(39) CNCiv., sala H, 27/6/1997, “G., M. c. Municipalidad de Campana”, LL 1998-D-522.

“Por otra parte, debe quedar en claro que la aceptación del pedido no implica de ningún modo condenar anticipadamente, sin sentencia, ni prejuizar. Sólo se trata de hacer efectivo un derecho constitucional cuyo reconocimiento es independiente de la suerte del litigio, y que el actor podría obtener a través de otras vías. En la sentencia se decidirá si media o no responsabilidad de las demandadas y, en su caso, cuáles son los perjuicios indemnizables, pero el reconocimiento y goce del derecho a la salud, en plenitud, es ajeno a la responsabilidad contractual o extracontractual, pues se trata de un deber ineludible del Estado en favor de los habitantes, sin necesidad de incurrir en un acto ilícito.”

Más adelante, el juez disidente señaló que “Teniendo en cuenta que se trata de un niño al que presuntamente con motivo de una supuesta mala praxis médica, se le amputó su brazo derecho cuando aún no había cumplido un mes de vida, no es necesario profundizar en el examen de la cuestión para concluir en la necesidad de modificar la situación de hecho actual. Aun cuando se admite que la medida requerida coincide parcialmente con el objeto del proceso principal..., ello no puede erigirse en un obstáculo para admitirla cuando se trata de evitar que el daño se agrave por solo transcurso del tiempo.

“No cabe aquí sujetarse a un criterio estrictamente formalista, porque aun cuando las demandadas sean condenadas en la sentencia de mérito a dictarse oportunamente en la causa, lo cierto es que la indemnización y/o resarcimiento jamás podrán realmente reparar el daño que el incapaz está padeciendo.

“En cada uno de los hechos cotidianos el menor se enfrenta con su incapacidad y no podría dictarse una decisión justa si las particularidades de este caso fueran ignoradas por el órgano jurisdiccional. Debe darse una respuesta rápida y eficaz, y en esta ocasión, quizás mejor que en muchas otras, está al alcance del intérprete de la ley hacerlo.

“Cuando se trata de la interpretación de la ley, un lugar decisivo dentro de la teoría de la hermenéutica está destinado al valor del resultado de la interpretación”. Finalmente, a ocho

años de la iniciación de la demanda principal, el disidente se pregunta: “¿el solo transcurso del tiempo hasta que se dicte sentencia en el proceso principal —iniciado en 1990—, no importa aumentar un daño que el órgano jurisdiccional tiene el deber de evitar?”. El interrogante planteado por el magistrado nos lleva a recordar, una vez más, el deber que pesa sobre las autoridades de proveer a la protección de los derechos (art. 42, CN); y en este sentido, resaltar lo dicho por la Corte Suprema, que como principio rector debe tenerse siempre presente a la hora de adoptar decisiones: “... el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (40).

En otro caso, donde se interpuso amparo con medida cautelar con el objeto de obtener la provisión urgente e inmediata de un medicamento prescripto para el tratamiento de un menor trasplantado (41), el juez entendió que “... si bien la medida requerida implica resolver, aunque en forma provisoria, sin debate previo una cuestión litigiosa que involucra la resolución de la cuestión de fondo debatida, cierto es que a ello debe contraponerse la posible afectación del derecho esencial a la salud del menor actor, que se vería gravemente afectado”. El juez recordó lo dicho por la Corte Suprema respecto de que “... a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas... (CSJN, 24/10/2000, in re ‘C. de B., A. C. c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas s/ Recurso de Hecho’; consid. 16º y sus citas)”. Con base en

(40) Fallos 316:479.

(41) JContencioso administrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Sagastume, Gustavo Marcial c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”. PEREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derecho Social de Consumo*, cit.

lo anterior, se resolvió hacer lugar a la cautelar innovativa y ordenar al Gobierno de la Ciudad —Hospital de Pediatría Juan P. Garrahan— a que proceda a la entrega del medicamento con carácter urgente.

*La protección judicial del derecho a la educación*

El derecho a la educación —que como derecho de tercera generación forma parte del derecho de acceso al consumo— fue receptado explícitamente por nuestra Constitución en los arts. 14, 42 y 75, inc. 19, y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). En efecto, encontramos este derecho en la Convención de los Derechos del Niño (art. 28, inc. 2º); en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13); en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 5º y 7º); en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XII); en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26), y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 10).

Importantes avances en materia de acceso a la educación se han producido últimamente a nivel jurisprudencial. Tomando en cuenta las normas anteriores, y también lo establecido por las Constituciones y normas locales, los tribunales han tenido oportunidad de expedirse sobre este como derecho de incidencia colectiva.

En este sentido, un amparo promovido por el asesor titular de la justicia Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires contra el gobierno de dicha ciudad (42), cuyo objeto era hacer cumplir la ley 350 al Gobierno de la Ciudad, mediante la construcción de una escuela secundaria en Ciudad Oculta dentro de un plazo determinado, tuvo acogida favorable en primera instancia y fue confirmado en lo principal por el tribunal de alzada.

Este último entendió que “... el acceso a la educación no reviste solamente el carácter de

derecho subjetivo, sino que, en determinadas circunstancias —como en el caso de autos—, constituye un derecho de incidencia colectiva, en los términos del art. 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional y 14, 2º párr., de la Constitución de la Ciudad” por lo que reconoció legitimación al asesor titular; y que “... los derechos de incidencia colectiva gozan de protección jurisdiccional”. Recordó la doctrina sentada con anterioridad en relación a los deberes del Estado de promoción de los derechos sociales, afirmando “... el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio. Máxime cuando, como en el caso, existe un deber normativo de actuar (autos ‘Pérez, Víctor Gustavo y otros c. GCBA s/Amparo...’), tal como ocurre en este caso por mandato de la ley 350”.

Otro importante pronunciamiento fue el que hizo lugar a una medida cautelar interpuesta con el objeto de ordenar el reingreso inmediato de una menor en estado de gravidez al establecimiento educacional que había denegado su reinscripción en razón de tal estado (43). El Tribunal Superior de Formosa entendió “Que la restricción impuesta, en cuanto impide continuar con la formación académica que venía teniendo desde el primer año, vulneraría, ‘*prima facie*’, la garantía prevista en el art. 93 inciso 1º de la Constitución Provincial, aun cuando la institución educativa opere bajo alguna de las formas contempladas en el art. 94 de la misma Carta Magna, como así también el derecho contemplado en el art. 28 inc. 2º de la Convención de los Derechos del Niño, incorporado a nuestro texto constitucional desde la Reforma de 1994”. Consecuentemente hizo lugar a la medida solicitada, en atención al “ostensible peligro en la demora que puede ocasionar la resolución definitiva de la causa y el perjuicio concreto al progreso intelectual de la menor...”.

Si bien la resolución es escueta, su importancia radica en el freno efectivo puesto a una actitud discriminatoria de notoria gravedad institucional. Indiscutiblemente, la denegación del

(42) CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 1/6/2001, “Asesoría Tutelar Justicia Contencioso administrativo y Tributario de la CABA c. GCBA”, LL 2002-A-990.

(43) ST Formosa, 29/3/2000, “A. de M., V y otro c. Instituto Santa Isabel”, LL 2000-C-577.



acceso a la educación a una menor por su estado de gravidez configura una discriminación lesiva de los derechos humanos fundamentales en triple aspecto, y es, a esta altura de la historia, un hecho escandaloso imposible de tolerar en una sociedad que se precie de civilizada. Aquí están en juego de los derechos de quienes han sido considerados como merecedores de la más alta protección a nivel internacional: los niños y las mujeres. La condición de menor, sumada a la de mujer, su situación de vulnerabilidad en razón del estado de gravidez, la violencia psicológica ejercida sobre la víctima a través de la discriminación y el intento de impedirle el ejercicio normal de sus derechos, en este caso a la educación, imponen a la justicia el deber de ejercer sus funciones con el más alto grado de rigor.

#### *La protección judicial del derecho a la alimentación*

Si existe algún derecho vinculado inescindiblemente a la vida, este es el derecho a la alimentación. Por tal razón, como derecho de tercera generación, participa del contenido del derecho de acceso al consumo. Fue receptado explícitamente por nuestra Constitución a través de los tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Así lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) y en la Convención de los Derechos del Niño (art. 24).

Nuestra más reciente jurisprudencia se ha ocupado tangencialmente del tratamiento de este derecho en pronunciamientos sobre satisfacción de necesidades básicas de personas carenciadas (44).

También los tribunales tuvieron oportunidad de expedirse especialmente en un caso de pedido de alimentos para la subsistencia de un grupo familiar (45). Aquí, se inició acción de amparo en procura de que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires procediera a suministrar la alimentación digna y necesaria para la subsistencia del grupo familiar involucrado

hasta tanto se lo insertara en algún programa social de apoyo.

La actora sostuvo que había sido arbitrariamente excluida del programa “Vale Ciudad”, que reemplazó al anterior programa de asistencia, consistente en “bolsones” de comida. También afirmó haber realizado los pertinentes requerimientos, pero no obtuvo respuesta favorable. A esa altura, ya sus hijos habían disminuido de peso al punto de padecer desnutrición. Por tal razón, la amparista solicitó que, como medida cautelar, se ordenase al Gobierno de la Ciudad la entrega de un bolsón con alimentos que satisficieran las necesidades nutricionales de siete personas (el grupo familiar), a fin de revertir el mal estado en que se encontraban.

El juez de la causa recordó lo expresado por la Corte Suprema sobre el derecho a la vida. En este sentido, se dijo “... que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112)” y una vez más, se recordó lo dicho en el sentido de que “... el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316:479, votos concurrentes)” (“C. de B., A. C.”).

En cuanto a la prueba de los extremos para la procedencia de la medida, el juez consideró que “... sin perjuicio de aclarar que la presente no se han aportado suficientes elementos que muestren que la actora y su grupo familiar tengan derecho a ser incluidos en el programa ‘Vale Ciudad’...no corresponde extremar el rigorismo de los recaudos para otorgar la tutela cautelar cuando existen especiales circunstancias fácticas, como el peligro de una afectación grave al derecho a la vida o la salud por falta de una mínima alimentación. En tal contexto, la verosimilitud del derecho invocado debe analizarse desde el punto de vista del derecho constitucional que toda persona tiene a la vida y, por ende, a la preservación de la salud”.

También recordó lo sostenido por la Corte sobre el derecho a la salud y la obligación imponible de la autoridad pública de garantizar ese

(44) 25/1/2001, “Pérez, Víctor G. y otros c. GCBA”, cit.

(45) JContenciosoadministrativo y Trib. Nro. 3, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 11/3/2003, “Cerrudo, María D. y otros c. Ciudad de Buenos Aires”.

derecho con acciones positivas (CS, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo”).

En razón de lo anterior, se hizo lugar a la medida cautelar solicitada, ordenándose a la Secretaría de Desarrollo Social del GCBA incorporar a la familia Cerrudo al Programa “Vale Ciudad” inmediata y provisoriamente, y entregar una chequera teniendo en cuenta la composición del grupo familiar. También se dispuso que alternativamente, y a fin de asegurar los derechos de la familia, el demandado podía optar por entregar un bolsón con los alimentos necesarios para una adecuada alimentación por una

semana mínimamente; y que dicha entrega debía repetirse hasta tanto recayera sobre la causa sentencia definitiva.

Puede concluirse que en el estado actual de protección —normativa y judicial— de los derechos sociales, una decisión adversa a lo solicitado —alimento— hubiera sido incongruente con el nuevo orden constitucional, con el reconocimiento progresivo de derechos que ha venido desarrollándose hasta el presente, y con el principio de no regresividad, que orienta las decisiones en orden a la efectivización de los derechos sociales, entre los cuales se destaca, como fundamental, el derecho de acceso al consumo.

# Incorporación expresa del principio de mercado transparente en materia de defensa del consumidor

---

VANESA S. JAGOU (\*) Y MARÍA CAROLINA ABDELNABE VILA (\*\*)

## I. Introducción: La incorporación de principios en el Anteproyecto

La Ley de Defensa del Consumidor (LDC) se autoproclamó de orden público (art. 65) y consagró, desde su sanción en el año 1993, el “principio protectorio” (arts. 3º y 37) que en síntesis es una guía para el intérprete para que frente a los “casos de duda” sobre la interpretación de principios, normas o cláusulas contractuales (triple enfoque: principista, legal y contractual), siempre se aplique la solución más favorable al consumidor.

A partir del año 2015, el principio protectorio del consumidor se replicó en el Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) y se agregó otro: el “principio de consumo sustentable” (arts. 1094 y 1095, Cód. Civ. y Com.).

Por ende, no hay en la legislación consumeril vigente más pautas principistas que las dos *su- pra* referenciadas.

---

(\*) Abogada graduada en la UBA con Diploma de Honor. Empleada del fuero Comercial en Poder Judicial de la Nación. Docente en UBA (Contratos Civiles y Comerciales y Derecho del Consumidor) y en ESEADE (Diplomatura Anual en Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia). Maestría en Derecho Empresarial en ESEADE.

(\*\*) Abogada. Especialista en Defensa de la Competencia, Derecho del Consumidor y Protección de Datos Personales. Asociada Senior del estudio jurídico Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen. Graduada de la Universidad Católica Argentina (medalla de oro). Magíster de la Université Catholique de Lyon, Francia.

El Anteproyecto de modificación de la LDC (el “Anteproyecto”) mantiene el carácter de orden público de la LDC y trae como novedad un listado de principios, muchos de los cuales ya han sido recepcionados por la doctrina y la jurisprudencia (1) (dentro de los cuales se encuentra el principio de transparencia) que además de aportar una función hermenéutica tendrían una función integradora frente a las lagunas jurídicas.

El Anteproyecto enaltece y refuerza el valor de los principios entendiendo que su característica principal sería la estabilidad en el tiempo por oposición a las reglas jurídicas que pueden ir cambiando de conformidad con el contexto socio económico y tecnológico (2).

---

(1) En los Fundamentos del Anteproyecto se indica que “Se alude al ‘orden público’ en miras de reforzar el ‘principio protectorio’, haciéndolo especialmente aplicable a las ‘situaciones de hipervulnerabilidad’. Se alude, además, a los principios de ‘acceso al consumo’, ‘transparencia de los mercados’ y ‘consumo sustentable’, y en el marco de las relaciones entre el Derecho del Consumidor y los Derechos Humanos, se tipifica el ‘respeto de la dignidad de la persona humana’, el ‘principio antidiscriminatorio’ y el principio ‘de progresividad y no regresión’. En esa misma dirección personalista, se recoge el ‘principio de prevención de riesgos’, y el de ‘precaución’, brindando así otro punto de contacto entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental”.

(2) Esta intención se desprende de los Fundamentos del Anteproyecto que en el punto I.4. “Reglas, deberes y principios en el contexto del diálogo de fuentes” y se explica de la siguiente manera “Esta mirada supone reconocer el dinamismo del mercado y de la tecnología, que provoca con rapidez la obsolescencia de las reglas jurídicas. De este modo, el operador del derecho

Específicamente, el Anteproyecto introduce una sección (la segunda dentro del capítulo I denominado “El sistema de protección del consumidor”) dedicada a los principios sobre los cuales se deben interpretar las normas consumeriles y resolverse aquellos casos sometidos a este régimen protectorio.

Así, el artículo 5º del Anteproyecto (3) incorpora en el inciso 4º el principio de transparencia de los mercados en los siguientes términos: “El sistema de protección del consumidor provee todo lo conducente al logro de la transparencia de los mercados. El Estado controla las distorsiones que afectan la distribución, condiciones de venta, cualidad y precios de bienes y servicios”.

El análisis de este texto es el objetivo de este trabajo al que seguidamente se dará abordaje.

## II. Concepto de mercado transparente y su vinculación con el deber de información

Desde un enfoque brindado por las ciencias económicas, se entiende que mercado transparente es aquel en que todos los intervinientes tienen la máxima información sobre las condiciones de mercado y esa información es igual y veraz para todos (4).

Esto es, un mercado es transparente si todos los agentes económicos saben: i) qué productos, bienes o servicios están disponibles; ii) a qué precio; iii) en qué lugar, y iv) bajo qué condiciones.

contará en el campo de las relaciones de consumo con un número amplio de normas abiertas a las que podrá recurrir frente a situaciones no regladas”, aclarando que la metodología propuesta implica una “jerarquización de los principios”.

(3) Que establece: “Principio. Se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado. El sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales y tiene el objetivo de tutelar al consumidor rigiéndose por los siguientes principios”.

(4) MOCHÓN MORCILLO, Francisco - BEKER, Víctor Alberto, “Economía, Principios y Aplicaciones” versión publicada en <https://ens9004-mza.inf.d.edu.ar/sitio/upload/09-%20MOCHON%20MORCILLO%20%26%20BEKER%20-%20LIBRO%20-%20Principios%20y%20Aplicaciones%20de%20Econom%EDa.pdf>.

Esta noción del término de transparencia se conecta directamente con el deber de información en las relaciones de consumo, regulado actualmente en forma genérica en el art. 42 de la Constitución Nacional (5) (CN), en el art. 4º de la LDC (6) y en el art. 1100 del Cód. Civ. y Com. (7).

Para entender las implicancias del principio de transparencia en el ámbito consumeril (8) y su estrecha vinculación con el deber de información, es importante asumir que se parte siempre de la siguiente premisa: en la relación del consumo existe desequilibrio entre el proveedor y el consumidor.

Esto quiere decir que se asume la existencia de una relación asimétrica (técnica, jurídica y económicamente) entre los dos sujetos de la relación: el experto y el profano (9), y por eso se

(5) Que establece que los consumidores tienen derecho a una información “adecuada y veraz” (BO 10/1/1995, texto disponible en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=804>).

(6) Art. 4º, LDC: “Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización...” (sin perjuicio de las sucesivas modificaciones que ha sufrido este artículo en cuanto al soporte en que debe ser suministrada la información, la primer parte del mismo no ha sido modificada), texto disponible en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>.

(7) Art. 1100, Cód. Civ. y Com.: “Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión” (conf. ley 26.994 (BO 8/10/2014)).

(8) Apreciado como un valor de mercado y entendido como un umbral aceptable de información para contratar (conf. SANTARELLI, Fulvio G., “Comentario al art. 4º”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 63 y 64).

(9) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., “El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas”, publicado en: LL 1990-B-996, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. I, p. 1051; LÓPEZ CABANA, Roberto M., “La información al consumidor. Régimen constitucional, legal y reglamentario”, RDPyC 1994-7,

entiende que la ley tenga un deber tuitivo con este último (10).

En función de ello, el derecho a la información del consumidor (y su contra cara: el deber de información en cabeza del proveedor) es una de las herramientas más importantes que ha tenido en cuenta el legislador para tratar de equilibrar la relación de consumo.

Ahora bien, ¿cuál es concretamente la función que debe cumplir el deber de información (guiado por el principio de transparencia) en las relaciones de consumo?

Desde el enfoque consumeril (“protección del consumidor”) básicamente esas finalidades son dos (11): la protección de los intereses económicos del consumidor (12) (en forma previa, durante y posterior al contrato (13)) y la prevención de daños (14).

---

cita RCD 1211/2012, y ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Responsabilidad profesional: el experto frente al profano”, en LL 1989-E-847.

(10) Este modelo ha sido adoptado por la mayoría de las legislaciones del mundo aun cuando en la práctica puedan darse situaciones en las cuales no exista tal desequilibrio o incluso alguna situación concreta donde el consumidor sea superior al proveedor en sentido técnico, jurídico y/o económico.

(11) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª ed. actual., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

(12) Esto es: propender a la mejor elección por parte del consumidor, que el precio que pague por un bien o servicio se ajuste a sus expectativas razonables, que le permita no aceptar o terminar un contrato que no responda a sus expectativas.

(13) Aunque estas fronteras a veces pueden no ser tan claras a tenor de la propia regulación consumeril, que otorga efectos propios de los contratos a institutos jurídicos diferentes de aquel. V.gr.: regulación de la oferta (art. 7º, LDC) publicidad (art. 8º, LDC, y art. 1103, Cód. Civ. y Com.) y prácticas comerciales abusivas (art. 1096, Cód. Civ. y Com.). Sobre el deber de información poscontractual cuadra destacar a modo de ejemplo que el art. 4º del decreto reglamentario de la LDC, 1798/1994, establece que el proveedor tiene la obligación de informar en todo momento acerca de la peligrosidad que hubiese advertido o descubierto con posterioridad a la introducción del producto en el mercado, aun cuando ya los efectos de la relación con el consumidor singular se hayan agotado.

(14) “Existe una relación directa entre información y seguridad: la interiorización al consumidor de las condiciones de uso, materiales que componen el producto, enumeración de riesgos habituales, etc., alcanza

Por su parte, desde el enfoque de mercado (“lealtad comercial” y “defensa de la competencia” (15)), la finalidad del deber de información es intentar evitar que un proveedor (competidor), mediante omisión de información u engaño al consumidor (16), desvíe a su favor o conserve artificialmente clientes (consumidores) en perjuicio de otro/s proveedor/es (competencia).

En ese sentido, la jerarquización a principio, que el Anteproyecto otorga a la transparencia en los mercados, significa que dicho principio deba servir de guía o pauta, tanto a los agentes económicos dentro del mercado como a los operadores jurídicos a la hora de juzgar si existe debido cumplimiento del deber de información en las relaciones de consumo.

Por último, sin entrar en detalle, porque no es objeto del presente trabajo, cabe poner de resalto, a título enunciativo, las conexiones habidas entre transparencia y deber de información

---

la función preventiva de daños en el consumidor por la indebida utilización del producto” (conf. SANTARELLI, Fulvio G., “Comentario al art. 4º”, cit.). Es que, a partir de la sanción del Cód. Civ. y Com., la prevención de daños es considerada una nueva función de la responsabilidad civil (antes solamente resarcitoria) y se encuentra consagrada en dicho cuerpo legal en los arts. 1710 a 1713.

(15) Se entiende que protegiendo a la competencia también se protege indirectamente al consumidor.

Por eso el art. 42 de la Constitución Nacional promueve la protección de la competencia y el art. 3º de la LDC dispone que esta se integra con la Ley de Lealtad Comercial 22.802 y la Ley de Defensa de la Competencia 25.156 (esta última ahora derogada y reemplazada por ley 27.442 y su decreto reglamentario 480/2018, BO 24/5/2018).

Asimismo, el “interés económico general” que cuida la Ley de Defensa de la Competencia en su art. 1º es entendido o asimilado (desde el punto de vista económico) al “excedente del consumidor” (conf. “Breve Análisis Económico de la Ley Argentina de Defensa de la Competencia”, documento elaborado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el año 1997, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/nota220116.pdf>).

(16) Básicamente en derecho del consumidor ello ocurre en el campo de las publicidades nocivas (art. 1101, Cód. Civ. y Com.) o de las prácticas comerciales abusivas (art. 1096, Cód. Civ. y Com.), en el derecho de la competencia en las denominadas “conductas anticompetitivas” y bajo el régimen de lealtad comercial en la “publicidad engañosa”.

vinculadas a determinadas características de los bienes y servicios que debe informar el proveedor (como, por ejemplo, el precio), que surgen del Anteproyecto y se desprenden de la lectura de las siguientes normas: art. 14 (deber de información); art. 22, inc. 5º (prácticas abusivas, cuando refiere al aumento injustificado del precio); art. 34, pto. 4 (Formación al consumidor); art. 39, incs. 5º y 6º (información exigida en la formalización del contrato); art. 61, incs. 2º y 3º (reparación no satisfactoria dentro del régimen de garantías); art. 63 (vicios ocultos); art. 69, inc. 3º (deber de información en el presupuesto que debe otorgarse cuando se utiliza el servicio de reparación); art. 77 (financiación del precio en las operaciones de crédito para consumo); art. 85, incs. 3º y 4º (sobre los contenidos mínimos de la publicidad); art. 88 (deber de advertencia); art. 120, incs. 6º y 7º (las asociaciones de defensa del consumidor que tengan como fin informar al consumidor deben asesorarlo en el consumo en aspectos tales como el precio y elaborar información, como estadísticas o estudios de mercado).

### III. El sistema de protección del consumidor y el bien jurídico protegido mediante la incorporación del principio de transparencia de los mercados

Habiendo analizado el concepto económico y jurídico que surge del principio de transparencia de los mercados, pasaremos a estudiar su relación con el sistema protectorio de defensa del consumidor.

Asimismo, se indagará acerca del bien jurídico que busca protegerse, que no hace más que evidenciar las conexiones entre el régimen de consumidor y competencia.

Tal como fuera adelantado, la primera parte del art. 5º, inc. 4º, del Anteproyecto dispone: “El sistema de protección del consumidor provee todo lo conducente al logro de la transparencia de los mercados”.

El sistema de protección del consumidor está conformado por el bloque normativo que tiene como objeto proteger a los consumidores y que la doctrina suele denominar “Estatuto del Consumidor”. Nos referimos al actual art. 3º de la LDC que, como fuera indicado, conecta (inte-

gra) la LDC con las leyes de lealtad comercial y defensa de la competencia.

Pero el sistema de protección no termina ahí. También está conformado por la CN, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (17), el Cód. Civ. y Com. (18), las normas provinciales y municipales de protección del consumidor (19), y las normas especiales; que deben ser interpretados en “clave multidisciplinar” conforme indican los Fundamentos del Anteproyecto.

En cuanto al principio de “transparencia de los mercados”, el Anteproyecto lo incorpora como uno de los diez principios que deberían guiar a los operadores jurídicos a la hora de efectuar la hermenéutica jurídica.

Lo que originariamente en el año 1993 en la LDC comenzó con una “integración de normas” de consumidor y competencia (art. 3º, LCD) hoy se ve reforzado en el Anteproyecto también por una “integración de principios” (como lo es el de transparencia de los mercados).

Asimismo, cabe destacar que la integración normativa del art. 3º, LDC, se encuentra reforzada en el Anteproyecto al incluir el objetivo de transparencia en los mercados (noción más asociada al régimen de defensa de la competencia) como principio rector en el régimen de protección del consumidor.

(17) Aunque cabe aclarar que autorizada doctrina entiende que no toda violación a las normas de derecho del consumidor implicaría una violación a los derechos humanos (SAHÍAN, José H., “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, publicado en LL del 26/12/2017, p. 1, AR/DOC/3067/2017; SAHÍAN, José H., “Dimensión constitucional de la tutela judicial efectiva de los consumidores”, publicado en: SJA del 7/2/2018, p. 173, AP/DOC/1144/2017).

(18) Que recepta la “constitucionalización del derecho privado” estableciendo “una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado” y propone que la hermenéutica del sistema debe efectuarse mediante un “diálogo de fuentes” (ver Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, ps. 4 y 9).

(19) Conf. el art. 5º del Anteproyecto y el actual art. 60 de la LDC.

Es que, el bien jurídico protegido en el régimen de defensa de la competencia es “el interés económico general” (20) que no es más que el excedente del consumidor (21), ya que “consumidores somos todos” (22) y, en esa línea de

---

(20) Conforme artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 y, en el mismo sentido, ver COLOMA, Germán, *Defensa de la Competencia*, Ciudad Argentina, Ed. de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2003, p. 74.

(21) La Comisión Nacional de Defensa del Consumidor (“CNDC”), considera en el informe “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia” que, si bien el concepto “interés económico general” es “deliberadamente vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico”, es determinable desde el punto de vista económico. Sobre el particular la CNDC indicó que el interés económico general se debe identificar con el excedente total de los agentes económicos (“excedente total”) concepto que es más fácilmente abordable a través de la utilización de otros como “excedente del consumidor”, “excedente del productor”, “excedente total” y “función de bienestar social”.

La idea en la cual se basa la definición del excedente del consumidor es que los bienes y servicios consumidos por una persona pueden valorarse a través de las funciones de demanda por dichos bienes y servicios. Tales funciones de demanda son relaciones que se establecen entre las cantidades que el consumidor demanda y los precios que enfrenta en el mercado, sirviendo adicionalmente para medir hasta cuánto estaría dispuesto a pagar por cada una de las unidades. La diferencia entre esta disposición al pago y lo que efectivamente eroga es un excedente que el consumidor lleva, y puede interpretarse como el beneficio que el mismo obtiene por haber adquirido el bien en cuestión.

En este sentido, cabe recordar el dictamen 314/99 de la CNDC “YPF SA s/ infracción ley 22.262”, donde la CNDC pudo comprobar que existía abuso de posición dominante por parte de YPF SA, haciendo una explícita identificación del interés económico general con el concepto de excedente total de los agentes económicos, o eficiencia económica. La CNDC resume que se había afectado el interés económico general porque: “(...) la acción anticompetitiva o abusiva llevada a cabo resulta en una menor cantidad comercializada que la correspondiente al equilibrio competitivo del mercado en cuestión”. Es decir, el abuso de posición dominante se configuró, porque YPF tenía el poder suficiente sobre el mercado como para afectar el equilibrio natural a una competencia perfecta y afectar el excedente de los consumidores.

(22) “Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas”, discurso del presidente John F. Kennedy ante el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica el 15 de marzo de 1962.

razonamiento, proteger al consumidor es proteger también al mercado.

En este sentido, entendemos que el Anteproyecto no hace más que profundizar las conexiones habidas entre el derecho del consumidor y la defensa de la competencia, que no son antagónicas o contradictorias sino más bien complementarias una de otra. Como alguna vez se dijo, “dos caras de la misma moneda” (23).

Y lo que originariamente en el año 1993 en la LDC comenzó con una “integración de normas” de consumidor y competencia (conforme artículo 3º de la LCD) hoy se ve reforzado en el Anteproyecto también por una “integración de principios” (como lo es el de transparencia de los mercados).

#### **IV. Alcance y límites al control del Estado en las distorsiones del mercado**

La segunda parte del art. 5º, inc. 4º, del Anteproyecto dispone, luego de establecer el objetivo de la transparencia de los mercados, que “El Estado controla las distorsiones que afectan la distribución, condiciones de venta, calidad y precios de bienes y servicios”.

En ese sentido, a continuación se intentará responder: ¿Qué significa “control estatal” y cuáles son sus límites? ¿Cuándo existen distorsiones en el mercado que podrían afectar la distribución, las condiciones de venta, calidad y precios?

##### **IV.1. ¿Qué significa “control estatal”?**

En sentido liminar, no cabe soslayar que se trata de un concepto dinámico que va cambiando con el tiempo y termina definiéndose desde un plano totalmente ideológico que muta en función del contexto socioeconómico de cada época aunque siempre debe respetar los principios y garantías constitucionales.

Nótese que el Código velezano partía de la premisa de que todos los ciudadanos eran libres

---

(23) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Defensa de la competencia y protección del consumidor: dos caras de la misma moneda”, 2/10/2016, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/1943068-defensa-de-la-competencia-y-proteccion-del-consumidor-dos-caras-de-la-misma-moneda>.

e iguales, por eso el principio de autonomía de la voluntad regía en forma casi absoluta con pocos límites o controles por parte del Estado (24).

Esa situación se vio modificada en el año 1968 por la ley 17.711 que empezó a reconocer que no todos eran tan libres ni tan iguales, que existen diferencias en la sociedad que merecen especial tutela o control por parte del Estado a fin de garantizar relaciones “equilibradas” (así es que dicha reforma incorporó institutos como, por ejemplo, el abuso del derecho, la lesión subjetiva, la equidad, etc.).

Como último hito puede señalarse la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015 que termina de reconocer la existencia de esas desigualdades y pretende instalar una “verdadera ética de los vulnerables” (25).

Esta reforma reconoció, entre otros aspectos, que los contratos paritarios son la excepción en el mundo negocial, siendo la regla los contratos de adhesión (sean o no de consumo) donde existe una parte que predispone (que suele ser la parte “fuerte”) y una parte que adhiere (que suele ser la parte “débil”). Estas diferencias estructurales que evidencian “fuertes” y “débiles” (o “asimetrías en el poder contractual”) justifican un “control” (26) del contrato diferente al

que existía en la época de Vélez Sarsfield, que en la legislación actual que regula el derecho patrimonial privado se encuentra delimitado, por ejemplo, en los artículos 10, 984 a 989, 1117 a 1122 del Cód. Civ. y Com.

Ahora bien, los distintos tratamientos y controles que pueden verse aplicados, dependiendo de las circunstancias, deben ser siempre analizados por el principio constitucional de razonabilidad (art. 28, CN(27)), cuidando

tadas al efecto conforman un plexo normativo a través del cual el Estado busca *dirigir* el actuar de los agentes económicos, con el propósito de *tutelar* los derechos de los usuarios y consumidores; *recomponiendo* el equilibrio que debe existir en todos los vínculos entre comerciantes y consumidores o usuarios —afectados por las situaciones abusivas que se presentan en la vida cotidiana—, así como la relación entre los mismos comerciantes, que compiten entre sí. *Así las cosas, el régimen bajo examen requiere pautas claras y transparentes que garanticen grados aceptables de seguridad jurídica*, permitiendo así el ingreso y permanencia de los participantes. A tal fin, resulta determinante evitar desvíos o captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a la lealtad en las relaciones comerciales” (CNFed. Contenciosoadministrativa, sala III, 26/6/2014, “Amerilab SA c. Dirección Nacional de Comercio Interior s. Disposición 75/2013”; RCJ 5443/14) —el destacado es propio—.

(27) Nuestro Máximo Tribunal tiene dicho que el principio de razonabilidad debe regir toda la actividad del Estado, diciendo: “En tales condiciones, si bien la proporcionalidad, en el sentido de ‘prohibición de exceso’, resulta principalmente significativa frente a medidas de injerencia del Estado, tanto de la administración como del legislador, y en este punto, especialmente, en materia de derechos fundamentales, sin embargo, como principio general del Estado de Derecho, y como efecto esencial del principio de razonabilidad, resulta un requisito de toda la actividad del Estado” (“Thomas, Enrique c. ENA” de fecha 18 de junio de 2010). Asimismo, “El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de los arts. 1º y 28 de la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, deben integrarse con éstos, de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posibles sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas por la Ley Fundamental, a cuyas normas y espíritu resultan tan censurables la negación del bienestar de los hombres como pretender edificarlo sobre el desprecio y el quebrantamiento de las instituciones” (Fallos 247:646 y “Administración Federal de Ingresos Públicos c. InterCorp SRL”, de fecha 23 de junio de 2010). A su vez, se estableció que las garantías constitucionales han sido dadas a los particulares contra las autoridades,

(24) En este sentido, bajo el derogado Código Civil argentino, el *pacta sunt servanda* constituía el principio general en el derecho privado contractual. Así, los contratos formaban para las partes una regla a la cual debían “someterse como a la ley misma” (conf. art. 1197), rigiendo en toda su plenitud la autonomía de la voluntad que encontraba como único límite la afectación al orden público, la moral o las buenas costumbres (conf. art. 953).

(25) Ver p. 4 de los Fundamentos del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com., disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

(26) Así lo ha entendido la jurisprudencia: “No debe perderse de vista que ante la necesidad de suplir las denominadas ‘fallas de mercado’ —entre ellas, la falta de información, también conocida como ‘información imperfecta’ o ‘información asimétrica’—, el Estado interviene en la actividad económica, estableciendo —al efecto— ciertas ‘reglas de juego’, que se encuentran plasmadas en distintas normas de orden público. En lo que aquí interesa, han de recordarse la de Defensa del Consumidor (Ley 24240) y de Lealtad Comercial (Ley 22802), que junto con las normas complementarias dic-



además que no se vulneren otros derechos y garantías como son el ejercicio de una industria lícita (art. 14, CN(28)) y el derecho de propiedad (art. 17, CN(29)) y siempre otorgando seguridad jurídica (30) en las relaciones, sobre todo

diciendo: “...la Corte ha sostenido que las garantías constitucionales han sido dadas a los particulares contra las autoridades, y la del art. 16 podría ser invocada por un contribuyente a quien se pretendiera gravarlo más que a otro, pero ella no está destinada a asegurar el poder del Estado en un caso concreto” (el destacado es propio, Fallos 132:101; 134:37; 134:148; 202:230; 303:113).

(28) En este sentido, nuestro Máximo Tribunal tiene dicho “Que el art. 14 de la Constitución Nacional garantiza a todo habitante el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita; derecho que estaba ejerciendo el demandante regularmente según ha sido debidamente probado en estos autos. Es deber de esta Corte, por ende, dada su específica función constitucional, velar muy especialmente por las garantías de los ciudadanos en esta materia” (Fallos 330:2548. En igual sentido, “el derecho de trabajar o ejercer industrias lícitas está sujeto a leyes que reglamentan su ejercicio, las cuales serán susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resulten irrazonables, o sea cuando los medios que arbitren no se adecuen a los fines cuya realización procuren, o cuando consagren una manifiesta iniquidad” (LL 1983-C-49).

(29) Nuestro Máximo Tribunal tiene dicho que el art. 17 de la Constitución Nacional protege “... todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad” y que “(t)odo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos)... integra el concepto constitucional de propiedad” (Fallos 145:307, en especial p. 327).

(30) Nuestro Máximo Tribunal ha reconocido reiteradamente la jerarquía constitucional del principio de seguridad jurídica (Fallos 220:5; 243: 465; 251:78; 253:47; 254:62; 316:3231; 317:218; 332:1531, entre muchos otros). Asimismo, tiene dicho que determinadas acciones por parte del Estado pueden perjudicar gravemente la seguridad jurídica comercial, pues “Ello haría que las relaciones comerciales sean más lentas, costosas y perjudiciales para las partes así como para la sociedad. Este efecto contraría claramente la seguridad jurídica, la confianza creada en el tráfico comercial, la protección de los terceros, la buena fe y la estabilidad de los derechos” (el destacado es propio, Fallos 331:2590). Por su parte ha dicho que “Estos cambios legales y jurisprudenciales deben transformarse en una regla más estable a los fines de dar seguridad jurídica a los ciudadanos, lo que únicamente puede hacerse mediante una prudente ponderación de los principios en juego. Por esta razón corresponde desarrollar el razonamiento constitucional a partir de la afirmación de los derechos individuales, examinando

en las que se refieren al administrado con la administración. Todo ello, respetando el principio de división de poderes (artículo 1º, CN(31)) y el control recíproco o *check and balances* que dicha división implica. Esto es, el derecho —así como cada disposición que lo compone— debe ser interpretado como un todo armónico (32).

#### IV.2. ¿Qué significan las distorsiones en el mercado?

Tal como fuera mencionado, el principio bajo análisis vela por la transparencia en los mercados y a tal fin indica que deben controlarse las distorsiones del mercado.

Ahora bien, a fin de entender qué significa distorsionar el mercado y saber con certeza cuándo una conducta efectivamente distorsiona o tiene potencialidad de distorsionar el mercado debe acudirse al régimen de defensa de la competencia.

De esta manera, la reciente sancionada Ley de Defensa de la Competencia 27.442(33) establece en su art. 1º que se encuentran “prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso

con rigor los fundamentos de toda restricción. *Lo contrario, es decir, partir de la afirmación de valores públicos para limitar la libertad conduce a soluciones cuyos límites son borrosos y pueden poner en riesgo la libertad personal, protegida de manera relevante por nuestra Constitución Nacional*” (el destacado es propio, Fallos 332:1963).

(31) Así, no puede perderse de vista que nuestro sistema Republicano de gobierno se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la Administración Pública así como en el sometimiento de la Administración a las leyes emanadas del Congreso.

(32) En este sentido, cabe agregar que conforme a la Ley de Abastecimiento 20.680, todo control estatal destinado a regir por sobre los derechos constitucionales debe hacerse “previa declaración de emergencia de abastecimiento por el Honorable Congreso de la Nación...” (art. 4º del dec. 2284/1991, BO 1/11/1991).

(33) Publicada en el BO con fecha 15/5/2018, luego de su promulgación por el Poder Ejecutivo nacional mediante el dec. 451/2018 de fecha 14/5/2018.

de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

Ciertamente, y tal como fuera expuesto, la ya existente vinculación entre ambos regímenes (defensa de la competencia y del consumidor) (34) no hace más que acentuarse en el Anteproyecto. De este modo, las distorsiones mencionadas en él entendemos serían aquellas ya incluidas en la Ley de Defensa de la Competencia, debiendo ser analizadas y sancionadas por la autoridad nacional de la competencia (35).

Como es sabido, el régimen de defensa de la competencia posee una autoridad de aplicación especializada en la materia y cada investigación se lleva a cabo por abogados y economistas, analizándose el mercado relevante a fin de determinar la existencia o no de distorsiones. Duplicar esta tarea bajo la autoridad de aplicación de la LDC (que es nacional, provincial e incluso municipal) (36) no solamente implica un dispendio de los recursos escasos de la administración sino también la posibilidad de un escándalo jurídico, lo cual ocurrirá si una autoridad indica que no existió ninguna distorsión en el mercado y la otra, en cambio, indica que sí la hubo. Por otro lado, duplicar la potestad de determinar si hubo o no distorsión en el mercado acarrea el peligro para el administrado de un posible *non bis in idem* (37). Esto último, en tanto podría un sujeto ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

Por lo tanto, una interpretación armónica lleva a considerar que las distorsiones en el mercado son aquellas ya fijadas bajo el régimen de defensa de la competencia y que es la auto-

ridad específica la que debe analizar y determinar dichas distorsiones.

Sin embargo, esto no implica dejar vacío el control que se establece bajo el articulado en tratamiento. Muy por el contrario, dicho control implica que la autoridad competente en materia de defensa del consumidor debe velar por expresa manda legal (a través de políticas económicas y llegado el caso, haciendo las correspondientes denuncias ante la autoridad nacional de la competencia) por la existencia de mercados transparentes.

### ***IV.3. ¿Cuáles son las limitaciones que tiene el Estado al momento de controlar las distorsiones del mercado en particular la referida al precio?***

Tal como fuera indicado, el art. 5º, inc. 4º, del Anteproyecto dispone que el Estado controla las distorsiones que “afectan la distribución, condiciones de venta, calidad y precios de bienes y servicios”, en este punto profundizaremos sobre el control referente al precio. Esto, en tanto en lo que al control referido a las condiciones de venta y calidad entendemos aplicable lo ya mencionado en los acápite anteriores.

En cuanto al control por parte del Estado de las distorsiones que afecten el precio, cabe mencionar que el derecho argentino no sanciona expresamente los precios por abusivos o excesivos (38), con lo cual la facultad de las autoridades para sancionarlos estaría limitada.

(38) Es que, para la teoría económica clásica, el problema de los precios excesivos debiera ser solucionado, ya sea por el mercado o por la regulación estatal.

Así, en un mercado con bajas barreras a la entrada y a la expansión de competidores, la presencia de un monopolista o empresa con posición dominante cobrando precios excesivos debiera constituir una señal suficiente para el ingreso de nuevos competidores al mercado que, con el tiempo, debieran llevar los precios a la baja. En otras palabras, el mercado se cuidaría solo, sin necesidad de intervención alguna.

Y en aquellos mercados con monopolios naturales o altas barreras al ingreso y a la expansión de competidores, la solución debiera provenir de la regulación estatal directa vía el control de las tarifas y precios y otras condiciones de comercialización, y no de las autoridades de competencia porque estas se encuentran con el obstáculo de determinar cuándo un precio es excesivo y muchas veces no cuentan con información necesaria para poder determinarlo, constituyendo el riesgo de

(34) Ver art. 3º de la LDC.

(35) Por aplicación del art. 80 de la Ley de Defensa de la Competencia subsiste la autoridad de aplicación que estipulaban las normas derogadas (esto es, la CNDC con la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción) hasta la constitución y puesta en funcionamiento de la autoridad nacional de la competencia.

(36) Ver art. 60 de la LDC.

(37) Es jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que este principio no solo impide la aplicación de nueva pena por el mismo hecho, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento (Fallos 299:221 y 319:43).

Bajo el régimen de defensa de la competencia, ese límite surge del tipo fijado en el art. 1º de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia (esto es: la realización de un cartel o abuso de posición dominante con perjuicio al interés económico general).

Y bajo el régimen de defensa del consumidor, ese límite surge del art. 1121, inc. a), del Cód. Civ. y Com., que literalmente dispone “no pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado”.

En cuanto a la técnica legislativa utilizada, el Cód. Civ. y Com. (en sentido coincidente con el art. 37, LDC) establece como regla general la posibilidad de que los jueces declaren la abusividad de determinadas cláusulas utilizando para definir las un criterio amplio (39) agregando solo dos excepciones (40), y una de ellas es justamente el precio (41).

---

afectar aquello que pretenden proteger (el mercado). Conf. RÓPOLO, Esteban P., “Precios excesivos y defensa de la competencia”, publicado en RDCO 2018-292-555, AP/DOC/733/2018.

(39) Conf. art. 37, LDC, y art. 983 del Cód. Civ. y Com. (este último, aplicable a los contratos de adhesión sean o no de consumo). Esto se complementa con los listados existentes en las leyes especiales (por ejemplo, el art. 14 de la ley 25.065 de Tarjetas de Crédito).

(40) Conf. art. 1121 del Cód. Civ. y Com. (aplicable a los contratos de consumo).

(41) Esta concepción surge de los Fundamentos del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com. que, al referirse a los bienes, expresa: “Las nociones jurídicas de bien, cosa y patrimonio están sometidas a tensiones derivadas de los cambios socioeconómicos de nuestro tiempo. En relación al bien, como dijimos, la tradición legislativa identifica a los bienes con la valoración económica. Para este fin, no es determinante si son materiales (cosas) o inmateriales, porque lo que interesa es que tengan valor, y este elemento, para la letra del Código Civil y, en su interpretación para la mayoría de la doctrina, es económico y no afectivo. Para aportar mayor claridad a esta cuestión habría que señalar que, desde el punto de vista económico, los objetos pueden tener o no valor patrimonial. Si tienen valor económico, pueden, a su vez, entrar en el comercio y tener precio, que surge de la oferta y la demanda” (confr. p 23, pto. “7.3. Bienes” de los Fundamentos del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com.).

Y puntualmente, en relación al art. 1121, inc. a), los Fundamentos del Anteproyecto reafirman que la im-

Es el mismo criterio seguido por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal (42) que al rechazar una medida cautelar de suspensión de aumento tarifario y citando normas de derecho comparado dijo que el precio no podía “tocarse con cautelares” porque esto afectaría la previsibilidad de las acciones de las empresas y se generarían de modo indirecto los efectos distorsivos del mercado afectando la competencia.

A tenor de estos dos sistemas normativos (consumidor y competencia), pareciera ser que nunca el precio puede resultar abusivo por sí mismo. Que se requiere algo más.

En el ámbito de la defensa de la competencia, ese “algo más” es la existencia de un acuerdo entre competidores o un abuso de posición dominante (43) con perjuicio al interés económico general (44). Todo lo cual deberá ser probado por la autoridad que busca sancionar tales precios (45).

---

sibilidad de declarar la abusividad del precio “es coherente con normas de derecho comparado”. (ver p. 136).

En ese sentido, parece seguir el art. 4º, pto. 2, de la directiva 93/13/CEE, de fecha 5 de abril de 1993 al que luego se hará referencia.

(42) 23/9/2014, “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión SA s/amparo”, LL del 9/10/2014, ver considerando 6º, párrafos 8º, 9º y 10º.

(43) Conforme arts. 1º, 2º y 3º de la Ley de Defensa de la Competencia.

(44) Conforme art. 1º de la Ley de Defensa de la Competencia.

(45) RÓPOLO, Esteban P., “Precios excesivos y defensa de la competencia”, cit. Este autor establece ciertos lineamientos a seguir al momento de analizar si un precio es efectivamente abusivo o no:

— Se debe tratar de situaciones de monopolio legal o de empresas súper dominantes (con participaciones de mercado superiores al 70%, en general);

— El mercado debe presentar barreras (casi) insuperables al ingreso de nuevos competidores;

— Los compradores o usuarios del bien o servicio en cuestión deben ser (prácticamente) cautivos;

— Debe haber una desconexión entre el precio pagado y el valor económico del bien o servicio, utilizándose a tal fin criterios de comparación que sean objetivos; y

— La autoridad de competencia debe considerar y analizar cuidadosamente las justificaciones objetivas brindadas por el acusado para defender el precio cobrado.

Y aclara que en el Proyecto de Lineamientos para el Análisis de Casos de Abuso de Posición Dominante, la CNDC recepta, al menos en parte, estas conclusiones.

En el ámbito de defensa del consumidor, ese “algo más” podría ser, por ejemplo, el incumplimiento del deber de información por parte del proveedor (46).

En otras palabras, el cuestionamiento del precio es jurídicamente posible pero siempre que se invoque o constate un incumplimiento del deber de información por parte del proveedor. Esta solución se inspira en la misma normativa internacional que los Fundamentos del Cód. Civ. y Com. y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación invocan para argumentar la imposibilidad de cuestionar el precio.

En ese sentido, cuadra destacar el art. 4º, pto. 2, de la directiva 93/13/CEE, de fecha 5 de abril de 1993, que en relación a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas *no se referirá* a la definición del objeto principal del contrato ni *a la adecuación entre precio y retribución*, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, *siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*” (47) (el destacado es propio).

Es decir, la norma internacional dispone la imposibilidad de declarar la abusividad de una cláusula de un contrato de consumo con fundamento en el precio siempre y cuando esa cláusula se redacte “de manera clara y comprensible”, es decir: siempre y cuando el proveedor cumpla con el deber de información. *A contrario sensu*: ante un incumplimiento del deber de información por parte del proveedor, podría el consumidor demandar la abusividad de una cláusula con fundamento en el precio.

Asimismo, explica que dicho proyecto afirma que en aquellos mercados en los que existe una regulación de precios específica, el cobro de un precio por encima del regulado no constituye una infracción a la normativa de defensa de la competencia sino una infracción a la normativa específica que regula dicho precio.

(46) También podría cuestionarse el precio en caso de prácticas discriminatorias que reconocen su fuente constitucional en el art. 16 de la CN (principio de igualdad ante la ley) cuando se efectúen diferenciaciones de precios no debidamente fundados (esto surge del art. 1096 del Cód. Civ. y Com.).

(47) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj/?locale=es>.

Este “as de espada” que tiene el consumidor para demandar la abusividad de una cláusula con fundamento en el precio o la autoridad de aplicación para sancionar, también ha sido re-ceptado por la jurisprudencia de nuestro país en temas tales como determinación (48), aumento (49) y exhibición (50) de precios.

(48) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 14/7/2015, “Swiss Medical SA c. DNCI s/defensa del consumidor - ley 24.240 art. 4”, AR/JUR/26852/2015; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 17/12/2014, “Día Argentina SA c. DNCI s/recurso directo de organismo externo”, AR/JUR/73120/2014).

(49) C6ª Civ. y Com. Córdoba, 9/3/2017, “Gallardo Quevedo, Jesica P. c. Movistar de Telefónica Móviles Argentina SA s/ordinario - cobro de pesos - recurso de apelación”, AR/JUR/11228/2017; CCiv. y Com. Salta, sala II, 29/11/2012, “Aguirre Astigueta, Sebastian c. Caja de Seguros SA p/sumario”, AR/JUR/79251/2012; CN-Com., sala C, 14/12/2010, “Healy, Jaime Miguel c. Vansal SA (UAI Salud)”, AR/JUR/94858/2010; CNCiv., sala K, 1/2/2010, “V., A. H. c. Sistema de protección médica SA”, AR/JUR/4158/2010.

(50) A título enunciativo puede verse: CS, 11/7/2006, “Disco SA (City Bell)”, DJ 2007-I-66, AR/JUR/3560/2006; CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 4/5/2010, “Establecimiento Yanovsky Hnos. SRL c. GCBA”, AR/JUR/27787/2010; CFed. La Plata, sala III, 22/12/2009, “M., J. C.”, AR/JUR/56463/2009; CFed. La Plata, sala III, 5/3/2009, “Cooperativa Obrera Ltda. Acta N° 1712, Olavarría”, AR/JUR/9133/2009; CFed. La Plata, sala III, 3/3/2009, “Auchan Arg. SA c. Ministerio de la Producción”, AR/JUR/9134/2009; CFed. La Plata, sala III, 3/3/2009, “Formatos Eficientes SA Acta n° 2599, Pilar”, ED 232-531, AR/JUR/9131/2009; CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 29/12/2004, “Supermercado Norte SA c. Ciudad de Buenos Aires”, AR/JUR/6236/2004; CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 30/6/2004, “Carrefour Argentina SA c. Ciudad de Buenos Aires”, AR/JUR/3650/2004; CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 4/5/2004, “Supermercados Norte SA c. Ciudad de Buenos Aires”, AR/JUR/3652/2004; CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 11/11/2003, “Carrefour Argentina SA c. Ciudad de Buenos Aires”, AR/JUR/4497/2003; CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 31/10/2003, “Carrefour Argentina SA c. Ciudad de Buenos Aires”, AR/JUR/7711/2003; CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 11/10/2003, “Carrefour Argentina SA c. Ciudad de Buenos Aires”, DJ 2004-I-665; AR/JUR/4176/2003; CNPenal Económico, sala A, 6/3/2008, “Romario SRL”, AR/JUR/2788/2008; CNPenal Económico, sala A, 30/4/2003, “Disco SA”, DJ 2003-2, 758 RU 2003-4-18; AR/JUR/639/2003; CNPenal Económico, sala B, 14/12/1995,

Por lo tanto, en el derecho del consumidor, el Estado puede “controlar el precio”, ya sea mediante la autoridad de aplicación (cuando se constaten infracciones previstas en normas legales, como el artículo 9º de la Ley de Lealtad Comercial y su normativa complementaria en cuanto dispone la forma en que deben ser exhibidos los precios) o mediante la intervención del juez en el contrato, declarando la abusividad de una cláusula con fundamento en el precio, siempre y cuando se encuentre probado un incumplimiento del deber de información al consumidor.

En ese sentido, el debido cumplimiento del deber de informar el precio (herramienta que integra el “sistema de protección del consumidor”) conduciría a lograr la pretendida “transparencia de los mercados”.

Entendemos que ese sería el significado de “control estatal de precios” que el Anteproyecto intenta transmitir. Por eso, la segunda parte (control de las distorsiones que afectan al precio) debe interpretarse en conjunto con la primera (“El sistema de protección del consumidor provee todo lo conducente al logro de la transparencia de los mercados”) y una de las formas de lograr esa transparencia es exigiendo a los proveedores el cumplimiento del deber de información.

---

“Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, DJ 1996-2-1372; AR/JUR/565/1995, entre muchos otros.

## V. Consideraciones finales

El Anteproyecto mantiene el carácter de orden público (que actualmente la LDC consagra en su art. 65) y trae como novedad un listado de principios, que además de aportar una función hermenéutica tendrían una función integradora frente a las lagunas jurídicas.

El Anteproyecto enaltece y refuerza el valor de los principios entendiendo que su característica principal sería la estabilidad en el tiempo por oposición a las reglas jurídicas que pueden ir cambiando de conformidad con el contexto socio económico y tecnológico.

En lo que al principio de transparencia en los mercados se refiere, su inclusión no hace más que acentuar la ya existente vinculación entre el régimen de defensa de la competencia y del consumidor.

Asimismo, entendemos que el principio de transparencia en los mercados tiene estrecha vinculación con el deber de información (deber central en materia de defensa del consumidor).

En cuanto al control que el Estado debe realizar para velar por la transparencia en los mercados, consideramos que su alcance debe ser interpretado dentro del régimen jurídico argentino entendiéndolo como un todo armónico y siempre que no se vulneren las garantías constitucionales.



# Principio de consumo sustentable: implicancias en relación con el deber de información y herramientas para su eficacia

---

LORENA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ (\*) Y PAMELA TOLOSA (\*\*)

## I. Introducción

El calentamiento global, la superpoblación urbana, la escasez de recursos y su deficiente gestión se cuentan entre los problemas ambientales más preocupantes para la humanidad en este siglo (1). La falta o el exceso de acceso al consumo y la forma en que los individuos deciden consumir se relacionan con estos problemas. Más allá de las estrategias tradicionales para lidiar con la degradación ambiental, cada vez se pone mayor énfasis en la necesidad de compatibilizar las decisiones de consumo con la protección del ambiente y, en consecuencia, de modificar hábitos de los consumidores (2).

---

(\*) Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

(\*\*) Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina.

(1) Yuval Harari afirma que la humanidad ha logrado superar la hambruna, la peste y la guerra, pero a costo de degradar el planeta; y, por consiguiente, que la agenda del siglo XXI impone tomar medidas concretas para evitar catástrofes ambientales; HARARI, Y. N., *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Penguin Random House Grupo Editorial, 2016, p. 31.

(2) Peter Singer se refiere a la temática en la evaluación ética de este tipo de conductas humanas indicando que "una ética del medio ambiente rechaza los ideales de una sociedad materialista en la cual el éxito se calibra por la cantidad de artículos de consumo que uno puede acumular. En su lugar, juzga el éxito en términos de las capacidades propias y la consecución de una realización y satisfacción reales. Promueve la frugalidad, en la medida en que es necesaria para minimizar la con-

Así, el diseño de políticas públicas para promover el consumo sustentable se presenta como prioritario.

El Código Civil y Comercial argentino (en adelante, Cód. Civ. y Com.) recibió esta idea e incluyó la noción de *acceso al consumo sustentable* como un principio de interpretación en el marco de las relaciones de consumo. En esta línea, el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor 2018 (en adelante, ALDC), introduce el principio al consumo sustentable. El art. 5º proyectado, dispone que "el sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales y tiene el objetivo de tutelar al consumidor, rigiéndose por los siguientes principios (...)" (3); y el principio 5º se define como *de consumo sustentable*.

---

taminación y asegurar que todo lo que se puede volver a usar se vuelva a usar. Tirar a la ligera materiales que se pueden reciclar constituye una forma de vandalismo", en SINGER, P., *Ética práctica*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2003.

(3) En cuanto a la metodología seguida, la Comisión Redactora explica, en la exposición de motivos: "La metodología seguida tiene diferentes propósitos. Busca construir una teoría general, ordenando los elementos centrales del 'Sistema de protección del consumidor' —relación de consumo, principios, derechos, deberes y diálogo de fuentes—, para luego ingresar a aquellos ejes que hacen a la transversalidad del Derecho del Consumidor, como el régimen de los contratos, los servicios públicos domiciliarios, los daños y la tutela procesal y administrativa. Asimismo, propende a articular reglas

La introducción de este principio dentro del estatuto protectorio del consumidor implica desafíos significativos a los operadores jurídicos. Entre otros, la necesidad de caracterizar la noción conceptual de *consumo sustentable*, de analizar su impacto en relación a las diversas instituciones del estatuto protectorio del consumidor y, principalmente, dotar de eficacia a ese principio jurídico.

Alcanzar el objetivo de la sustentabilidad implica modificar estándares, prácticas y hábitos de los consumidores por otros más adecuados con la protección ambiental(4). La decisión individual de cada consumidor es relevante, pues desde un punto de vista agregado, cada decisión individual influye en el cambio social hacia un consumo compatible con la sustentabilidad. Pero también porque cada decisión individual de consumo puede repercutir en el cambio de normas sociales que influyen en la decisión de otros consumidores. Así, los estudios sobre el comportamiento humano pueden contribuir en el diseño de políticas públicas para fomentar decisiones de consumo sustentable y complementar a las herramientas tradicionalmente utilizadas en este campo. Luego, el enfoque conocido como *derecho, economía y comportamiento* (5) puede realizar aportes muy relevantes en este sentido.

y principios, a fin de responder a la complejidad del siglo XXI, caracterizado por la globalización, la revolución tecnológica y la flexibilidad de las instituciones y de los paradigmas. En este sentido, la propuesta se encuentra claramente en línea con el modelo emergente del CCC, elaborado a partir del Anteproyecto de 2012 por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, y coordinada por el Dr. Federico De Lorenzo”, Fundamentos del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor 2018, publicados en LL del 17/12/2018, ps. 1 y ss.

(4) STIGLITZ, Gabriel, “El principio de acceso al consumo sustentable”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 325; CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Inteligencia artificial, prevención de daños y acceso al consumo sustentable”, ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2017, p. 6, disponible en: <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/comision-6-derecho-del-consumidor-consumo-sustentable/>.

(5) Para una introducción sobre el campo de estudio de enfoque, sus métodos y ventajas, ver ACCIARRI, H. (dir.), *Derecho, Economía y Ciencias del Comportamiento*,

El objetivo de estas líneas es caracterizar sucintamente la noción de *consumo sustentable*, esbozar las principales implicancias de la incorporación y jerarquización del principio de consumo sustentable —en especial— y de todos los principios en general, su lectura en el contexto del ALDC, la integración del concepto con otros institutos, particularmente en relación al instituto del deber de información y comentar algunos aportes que el enfoque del *derecho, economía y comportamiento* pueden hacer para dotar de eficacia a los institutos en cuestión.

## II. La jerarquización de los principios

La actual redacción de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC) carece de una enumeración de principios y establece que, en caso de duda, la interpretación de los principios es la que guiará la aplicación de una regulación u otra, de acuerdo con el caso. Se puede afirmar que la doctrina ha puesto énfasis en los derechos fundamentales del consumidor, entre los cuales se cuentan: el derecho de acceso al consumo, a la educación, derechos sustanciales en relación con la seguridad (derecho a la vida, salud, integridad, protección al medio ambiente y prevención de daños), derecho a la información, a la protección de intereses económicos, derecho a la organización, participación, derechos instrumentales como al acceso a la solución de conflictos, entre otros (6).

Por el contrario, la metodología del ALDC explicita los principios que animan al micro-sistema, los jerarquiza y plantea un esquema abierto y dinámico que potencia el sistema en pos de la sustentabilidad.

Así, el principio de consumo sustentable encuentra un correlato en los principios de progresividad y no regresión, ya que permite incorporar los avances nacionales e internacionales vinculados con la protección frente al crecimiento exponencial del consumo, la

Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, 2018, caps. 1 y 2, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Derecho-economia-ciencias.pdf>.

(6) STIGLITZ, Gabriel, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor: comentada y anotada*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009.



sobreexplotación de recursos, la falta de información y la sobreexposición del consumidor a estas realidades.

Del mismo modo, se puede decir que la integración del principio de consumo sustentable se debería dar con el de acceso al consumo y el de la transparencia de los mercados, que permite establecer la trazabilidad de un producto y su huella en el planeta para que el consumidor decida, evalúe y demande de parte de los proveedores un bien o servicio adecuado de modo informado y responsable.

### III. Aproximación al concepto de consumo sustentable

El consumo sustentable (o sostenible) ha sido definido como: "El uso de bienes y servicios que responden a necesidades básicas y proporcionan una mejor calidad de vida, al mismo tiempo que minimizan el uso de recursos naturales, materiales tóxicos y emisiones de desperdicios y contaminantes sobre el ciclo de vida, de tal manera que no se ponen en riesgo las necesidades de futuras generaciones" (7).

En este sentido, suele afirmarse que el consumo presenta diversas dimensiones:

- ambiental: está dada por su relación con el cuidado del ambiente;
- social: se refiere a la capacidad de acción de los individuos para relacionarse con el consumo según variables sociales;
- económica: a partir del intercambio en el mercado;
- cultural: alude a aquellas costumbres, tradiciones, y en algunos casos, hábitos heredados y transmitidos en los grupos sociales a los que los individuos/consumidores pertenecen. Las tres dimensiones anteriores estarían atravesadas por la dimensión cultural (8).

---

(7) Simposio de Oslo en 1994 y definición adoptada por la tercera sesión de la Comisión para el Desarrollo Sostenible (CSD III) en 1995. Ver al respecto, CATALANO, M. - GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, L., "Consumo sostenible", RDA, vol. 31, Buenos Aires, ps. 97-110.

(8) PEREZ BUSTAMANTE, Laura, *Los derechos de la sustentabilidad*, Colihue, Buenos Aires, 2007.

La alusión a "el uso de bienes y servicios que responden a necesidades básicas y *proporcionan una mejor calidad de vida*" comprende la noción de *consumo saludable*. Luego, en el campo jurídico, el concepto de consumo sustentable conecta al microsistema del derecho del consumidor con el del derecho ambiental y del derecho de la salud.

A los efectos de analizar su alcance conceptual, cuatro instrumentos internacionales resultan especialmente relevantes: 1) *Directrices para la protección del consumidor y su ampliación sobre modalidades de consumo sostenible*, aprobado en abril de 1985 por Naciones Unidas; 2) *Agenda 21*; 3) *Declaración de Río+20*, y 4) *Agenda 2030*.

#### III.1. *Directrices para la protección del consumidor y su ampliación sobre modalidades de consumo sostenible.*

Se trata de un marco internacional dirigido a los gobiernos para la formulación y fortalecimiento de políticas y legislaciones destinadas a la protección del consumidor. Entre sus objetivos principales se cuentan: a) la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; b) la promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; c) el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; d) la educación del consumidor; e) la posibilidad de compensación efectiva al consumidor, y f) la libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten (9).

Luego de su aprobación, y como fruto del trabajo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (CSD), se recomendó la ampliación de las Directrices para la Protección del Consumidor hacia modalidades

---

(9) Naciones Unidas: resolución A/RES/39/248, del 16 de abril de 1985. Directrices para la Protección del Consumidor.

de consumo sostenible(10). En el año 1999 se presentó el proyecto de ampliación de las directrices. Este documento puso especial énfasis en las asimetrías existentes entre los consumidores de todos los países (en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y peso en las negociaciones de mercado, entre otros). Asimismo, presentó a la *sustentabilidad* como un concepto directamente relacionado con los problemas ambientales globales(11).

Este proyecto fue aprobado por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7, del 26 de julio de 1999 y posteriormente revisado y aprobado por la Asamblea General en su resolución 70/186, del 22 de diciembre de 2015. Esta última versión contiene justamente incorporaciones relativas al consumo sostenible.

La preocupación expresada en este documento internacional pone en evidencia la complejidad del tema que se vincula a la necesidad de migrar el actual sistema de consumo hacia un esquema de sustentabilidad de recursos. Se pone énfasis, como lo afirma Lorenzetti, en que las “consecuencias públicas de nuestras acciones privadas” (12) atenderán o contribuirán con la posibilidad de un consumo sustentable.

### III.2. Agenda 21

En la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo que tuvo lugar en Río de Janeiro en 1992, se elaboró la Agenda 21, que fue suscripta por los países participantes. Su capítulo cuarto está enteramente dedicado al *consumo sostenible*.

La Agenda 21 abordó los problemas acuciantes del siglo XX y también se refiere a los desafíos del siglo XXI(13). Refleja un consenso mundial y un compromiso político al nivel más alto sobre el desarrollo y la cooperación en la esfera del medio ambiente.

(10) OVERBY, B., “Symposium in memory of David H. Vernon: Contract in the age of Sustainability”, *The Journal of Corporation Law*, LN 2002.

(11) OVERBY, B., “Symposium in memory of David H. Vernon: Contract in the age of Sustainability”, cit.

(12) LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª ed. actual., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

(13) “21” refiere al siglo XXI.

En relación a su contenido, puede afirmarse que se trata del documento más explícito y comprometido en materia de *desarrollo y consumo sustentables*, debido a que

- Aborda las emergencias del momento e intenta que la agenda sea un plan de trabajo con visión de futuro, de un modo absolutamente sostenible. En este sentido, la Agenda 21 marca un punto de inflexión en el ámbito de los instrumentos internacionales que venimos reseñando, pues pretende pasar a la acción y superar la etapa de las declaraciones.

- Recalca la responsabilidad de los gobiernos y la cooperación internacional como un elemento imprescindible para reformar las políticas nacionales(14).

- Incorpora la participación ciudadana como un correlato útil y necesario de la participación pública en cuestiones vinculadas con lo ambiental.

En el capítulo especial dedicado a la evolución de las modalidades de consumo, la Agenda 21 incluye:

1. La cuestión de las modalidades insostenibles de producción y de consumo;

2. La elaboración de políticas y estrategias nacionales para fomentar la transformación de las modalidades insostenibles de consumo.

3. La advertencia de que al tratarse de cuestiones generales, el tema se desarrolla a lo largo de todo el documento (energía, transporte, desechos, instrumentos económicos y transferencia de tecnología, dinámica demográfica y sostenibilidad).

Otro de los grandes aciertos de la Agenda 21 radica en la reflexión que trae en torno a la complejidad del problema del consumo sustentable. Así, destaca que “... pese a que cada vez se reconoce más la importancia de los problemas del consumo, todavía no se comprenden

(14) Es notable la *bona fide* presente en todo el documento que intenta avanzar en las cuestiones transnacionales que, en este momento solo fueron mencionadas como oportunidades y no como cuestiones a solucionar, tal como sucede en la actualidad.

plenamente sus efectos. Algunos economistas están poniendo en tela de juicio los conceptos tradicionales del crecimiento económico y destacando que es importante establecer objetivos económicos teniendo plenamente en cuenta el valor de los recursos naturales. Se necesita saber más sobre la función del consumo en relación con el crecimiento económico y la dinámica demográfica a fin de formular políticas internacionales y nacionales coherentes". El modelo que se propone cuestiona, al menos, los ejes actuales de "tensión ambiental" (15) y compromete las acciones futuras con una perspectiva transnacional y colectiva.

### III.3. Declaración de Río + 20

Cuarenta años después de la declaración de Estocolmo, se celebró en Río de Janeiro —entre el 20 y el 22 de junio de 2012— la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible. Bajo el título "El futuro que queremos", la conferencia reconoce como mayor problema a enfrentar la erradicación de la pobreza y es alrededor de este tema que giran la mayoría de sus declaraciones.

Entre dichas declaraciones, se reclama que los países adopten enfoques globales e integrados del desarrollo sostenible que lleven a la humanidad a vivir en armonía con la naturaleza y conduzcan a la adopción de medidas para restablecer el estado y la integridad del ecosistema. También se reconoce que todas las culturas y civilizaciones pueden contribuir al desarrollo sostenible.

Asimismo, se pone énfasis en la necesidad de promover el desarrollo sustentable tanto en el plano interno como internacional para no profundizar disparidades, de contribuir a la innovación y reducir la brecha y dependencia tecnológica existente entre los países más desarro-

llados y los que están en situación de pobreza o en vías de desarrollo. Se incluye como meta mejorar el bienestar de los pueblos indígenas y sus comunidades, de las mujeres, los niños, los jóvenes, las personas con discapacidad, y en general, de los grupos vulnerables, así como promover modalidades sostenibles de consumo y producción.

Dentro de los objetivos en torno a los cuales deben girar las acciones futuras de los distintos países, se encuentra mencionado en forma explícita el *consumo sostenible*. Concretamente, se reafirman los compromisos realizados para eliminar los subsidios perjudiciales e ineficientes a los combustibles fósiles que alientan a un consumo derrochador y socavan el desarrollo sostenible. Adicionalmente, se invita a los países a eliminar o adecuar políticas de subsidios de sistemas de producción insostenibles.

### III.4. Agenda 2030

En 2015, más de ciento cincuenta países del mundo adoptaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Contiene los "17 Objetivos de Desarrollo Sostenible" (16) (en adelante, ODS), que desde el 1 de enero de 2016 se encuentran vigentes. Estos objetivos presentan la singularidad de instar a todos los países a adoptar medidas para promover la prosperidad al tiempo que protegen el planeta.

El *Objetivo 12* es el relativo a la *producción y consumo sostenibles* (17). Al respecto, se afirma:

---

(16) Objetivo 1: Poner fin a la pobreza; Objetivo 2: Hambre y seguridad alimentaria; Objetivo 3: Salud; Objetivo 4: Educación; Objetivo 5: Igualdad de género y empoderamiento de la mujer; Objetivo 6: Agua y saneamiento; Objetivo 7: Energía; Objetivo 8: Crecimiento económico; Objetivo 9: Infraestructura; Objetivo 10: Reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos; Objetivo 11: Ciudades; Objetivo 12: Producción y consumo sostenibles; Objetivo 13: Cambio climático; Objetivo 14: Océanos; Objetivo 15: Bosques, desertificación y diversidad biológica; Objetivo 16: Paz y justicia; Objetivo 17: Alianzas.

(17) En la literatura se ha criticado la asociación entre producción y consumo sostenible en el marco del derecho internacional. Se ha afirmado que delimitar ambos conceptos y darles el rango de principios jurídicos diferenciados, permitiría elaborar regulaciones más adecuadas, que contengan herramientas para tratar apuntar con mayor precisión al logro de ambos objeti-

---

(15) La primera mención se otorga a la pobreza en relación con la degradación del medio ambiente, además de la industrialización y el consumo masivo en los países desarrollados. También se mencionan: la solicitud constante, la ineficiencia en el uso de los recursos y la disparidad geográfica en la demanda que imponen una estrategia de objetivos múltiples centrada en la demanda, la satisfacción de las necesidades básicas de los pobres y la reducción de la dilapidación y del uso de recursos finitos en el proceso de producción.

“El objetivo del consumo y la producción sostenibles es hacer más y mejores cosas con menos recursos. Se trata de crear ganancias netas de las actividades económicas mediante la reducción de la utilización de los recursos, la degradación y la contaminación, logrando al mismo tiempo una mejor calidad de vida. Se necesita, además, adoptar un enfoque sistémico y lograr la cooperación entre los participantes de la cadena de suministro, desde el productor hasta el consumidor final. *Consiste en sensibilizar a los consumidores mediante la educación sobre los modos de vida sostenibles, facilitándoles información adecuada a través del etiquetaje y las normas de uso, entre otros*” (el resaltado nos pertenece)(18).

Si bien los ODS no son jurídicamente obligatorios, se pretende que los gobiernos los adopten como propios y establezcan marcos nacionales para alcanzarlos. El seguimiento y examen de los progresos conseguidos en el cumplimiento de los objetivos corresponde a los países.

#### **IV. El principio de consumo sustentable en el ordenamiento jurídico argentino y sus implicancias**

El Cód. Civ. y Com. dispone, en su art. 1094, primer párrafo:

“Art. 1094.— *Interpretación y prelación normativa.* Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable”.

Esta norma implicó una novedad significativa en el ordenamiento jurídico argentino, en tanto incorporó por primera vez el reconocimiento explícito al acceso al consumo sustentable como un principio general de interpretación de las relaciones de consumo.

vos. En este sentido, ver: CHATURVEDI, I., “Sustainable Consumption: Scope and Applicability of Principles of International Law”, *Chinese Journal of Environmental Law* 2, 2018, 5-27, doi:10.1163/24686042-12340020.

(18) Ver ODS de Naciones Unidas, Objetivo 12: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-consumption-production/>.

Al momento de entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., la LDC mencionaba al consumo sustentable, pero no como un principio de interpretación y aplicación de la ley, sino en referencia a las facultades de la autoridad de aplicación de “proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes” (art. 43, inc. a)).

El ALDC, en su art. 5º, lo incorpora dentro de los principios rectores del sistema de protección del consumidor y lo define como:

“5. Principio de consumo sustentable. El sistema de protección del consumidor, de conformidad con el Derecho Internacional Ambiental y las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, impulsa la protección ambiental y en particular el consumo y la producción sustentables, en función de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Para ello, entre otras medidas, favorece la minimización del uso de materias primas y energías no renovables, así como la generación de la menor cantidad de residuos y el aumento del uso de energías o materias primas renovables o producto de reciclaje”.

Así, el contenido del principio de consumo sustentable en el ALDC se refiere a:

- impulsar la protección ambiental;
- (impulsar) el consumo y la producción sustentables en función de las necesidades de las generaciones presentes y futuras;
- favorecer la minimización del uso de materias primas y energías no renovables;
- (favorecer) la generación de la menor cantidad de residuos;
- (favorecer) el aumento del uso de energías o materias primas renovables o producto de reciclaje.

Si bien no hay referencia explícita a la promoción de la calidad de vida o al consumo saluda-

ble, lo cierto es que la alusión que se hace “al Derecho Internacional Ambiental y las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor” permite deducir que se encuentran comprendidos de manera implícita, por imperio de los principios de progresividad y no regresión.

Ahora bien, ¿cuáles son las implicancias de introducir el principio al consumo sustentable en el estatuto protectorio del consumidor?

En primer lugar, resulta indudable la relación de este tema con la protección de los derechos de incidencia colectiva, al menos en dos dimensiones. Una dimensión puede identificarse con el objetivo de preservar los recursos naturales y el ambiente en pos de las generaciones futuras, ínsita en la noción de consumo sustentable. En tanto la noción de derechos de incidencia colectiva comprende la preservación de los intereses de las *próximas generaciones*, en ese sentido, el acceso al consumo sustentable implica un medio de protección de aquellos.

Desde una dimensión diferente, puede vincularse con la protección de los derechos de incidencia colectiva de los consumidores y usuarios potencialmente afectados en las relaciones de consumo. Es decir, no ya en relación a las generaciones futuras sino a los potenciales consumidores y usuarios, *colectivamente* afectados, en la actualidad. Concretamente, las situaciones referidas se vinculan con la oferta pública de bienes y servicios, las prácticas abusivas, el deber de información, la libertad de contratar, la publicidad y la educación al consumidor. Así, la recepción del principio de acceso al consumo sustentable en el Cód. Civ. y Com. implicó un impacto significativo en la interpretación de los diversos institutos jurídicos vinculados a dichas problemáticas. Y, consecuentemente, la inclusión en el ALDC, como uno de los principios rectores del *sistema de protección del consumidor*, amplía aún más dicho impacto.

A continuación, nos focalizaremos en el *deber de información* y el análisis de cómo incide la regla de interpretación y aplicación de acuerdo con el principio de consumo sustentable en relación a este instituto.

## V. Deber de información y principio de consumo sustentable

Se suele afirmar que uno de los efectos de la introducción del principio de consumo sustentable es la ampliación del contenido del deber de información (19). Brindar información *cierta, clara y detallada* al consumidor resulta fundamental para que este pueda acceder a opciones de consumo sustentables. En consecuencia, se asume que a partir de la vigencia del principio al consumo sustentable en el sistema jurídico, el proveedor debe brindar información ambiental, además de lo que usualmente corresponde informar según el producto o servicio de que se trate.

En línea con esta idea, el ALDC amplía notoriamente el alcance del deber de información. En los fundamentos elaborados por la Comisión Redactora, se afirma que el ALDC “parte de dos pilares que pueden calificarse de esenciales: la información y la seguridad”. Asimismo, se sostiene que “En el Anteproyecto se jerarquiza de manera notable el deber de información, y se lo expande, pues no se lo limita exclusivamente a la relación jurídica entablada entre el proveedor y el consumidor”.

En este sentido, se proyectan normas que apuntan a garantizar el acceso a la información por parte de los consumidores y se especifica la obligación del Estado y particulares a transmitirla; entre otras cosas, se aclara que la información debida comprende la información ambiental *de concesiones, contratos, autorizaciones previas que hayan sido otorgadas por el Estado nacional, las provincias o municipios y comunas, así como la información sobre la cualidad ambiental de los bienes y servicios, sus efectos en la salud humana, promoviendo de*

(19) BIANCHI, L., “La influencia del principio del consumo sustentable en el combate de la obsolescencia programada, la garantía de los ‘productos durables’ y el derecho a la información de los consumidores en Argentina”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, nro. 34, enero-junio de 2018, 277-310, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n34.09>; TRIVISONNO, J., “Algunas proyecciones del principio de acceso al consumo sustentable en la relación de consumo”, ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017, disponible en: <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/>.

*esta manera patrones de producción y consumo sustentables* (20).

También, se prevén normas relativas a la obligación general de informar del proveedor y se expande la regulación originariamente establecida en el artículo 4° de la LDC, tanto en relación al contenido del deber de información (21) como sobre los aspectos atinentes a su

(20) “Art. 10.— *Deberes a cargo del Estado.* Se establece que:

“1. El Estado nacional, sus agencias autárquicas, entes de control y empresas del Estado, provincias, municipios y comunas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben proveer al consumidor toda la información necesaria para el eficaz ejercicio de sus derechos de manera clara, precisa, completa, veraz y comprensible, instrumentando mecanismos eficaces adecuados a tal fin; en especial, en cuestiones vinculadas a la adquisición y utilización de bienes y servicios puestos en el mercado y a los riesgos e incertidumbres que ellos traigan aparejados;

“2. La información debida comprende la información ambiental de concesiones, contratos, autorizaciones previas que hayan sido otorgadas por el Estado nacional, las provincias o municipios y comunas, así como la información sobre la cualidad ambiental de los bienes y servicios, sus efectos en la salud humana, promoviendo de esta manera patrones de producción y consumo sustentables;

“3. Debe comunicarse de modo eficaz cualquier circunstancia que, con posterioridad a la introducción del bien o servicio en el mercado, pueda ocasionar alguna amenaza o perjuicio a los consumidores; y también la de hacer conocer los productos y servicios que hayan sido prohibidos, retirados del mercado o sometidos a restricciones rigurosas; tanto para los nacionales como para los extranjeros que se comercialicen en el país;

“4. Los medios de comunicación de titularidad estatal, cualquiera sea su soporte, dedicarán espacios y programas no publicitarios a la información y educación de los consumidores, garantizándose el acceso y participación de las asociaciones de consumidores legitimadas por esta ley y los demás grupos o sectores interesados. Deberá ser objeto de especial atención la situación de los consumidores hipervulnerables;

“5. Las autoridades administrativas publicarán mensualmente en sus páginas web todas las resoluciones dictadas con motivo de actuaciones de oficio o denuncias formuladas por consumidores que hayan quedado firmes y consentidas, en texto completo, sin consignar los datos que identifiquen al denunciante”.

(21) “Art. 12.— *Obligación general de informar a cargo del proveedor.* En el decurso de la relación de consumo los proveedores están obligados a suministrar al consumidor información clara, precisa, completa, veraz y comprensible respecto de las características esenciales de los bienes y servicios que ofertan o proveen, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante en razón de su naturaleza y particularidades”.

cumplimiento (22), y los principales efectos del incumplimiento (23).

“Art. 14.— *Contenido mínimo.* Sin perjuicio de lo establecido en las normas especiales, los proveedores están obligados a informar de manera fácilmente perceptible al consumidor, en función de las características del bien o servicio de que se trate, lo siguiente:

“1. Denominación, composición, fecha de producción, fecha de vencimiento o caducidad e instrucciones para su instalación, uso, mantenimiento y funcionalidad;

“2. Los riesgos e incertidumbres que entraña su utilización, cumpliendo con la normativa específica para su comercialización, de conformidad a lo establecido en el artículo 17, segundo párrafo;

“3. Datos identificatorios del proveedor: nombre, domicilio y número de CUIT;

“4. Garantías y servicios de postventa y asistencia técnica;

“5. Las condiciones de su comercialización: naturaleza y contenido del acto; modalidades de la ejecución del contrato; fecha de entrega, ejecución del contrato y su duración; en su caso, precio, formas y condiciones de pago, costos y cargos adicionales, descuentos, tasas de interés, modalidades de financiación, y tributos a cargo del consumidor;

“6. Cuando con posterioridad a la introducción de los bienes y servicios en el mercado se tome conocimiento de su peligrosidad, los proveedores deberán hacerlo saber inmediatamente a los consumidores, a su exclusivo costo y cargo, mediante mecanismos de comunicación eficientes que les garanticen la efectiva posibilidad de conocer tal circunstancia; entre otros, a través de anuncios publicitarios por la prensa, radio, televisión e internet. Deberán, también de manera inmediata, comunicarlo a las autoridades competentes, y en su caso, retirarlos del mercado”.

(22) “Art. 13.— *Modo de comunicar la información.* La información deberá ser transmitida de conformidad a las siguientes reglas:

“1. La información debe ser proporcionada de manera fácilmente accesible para el consumidor, mediante mecanismos apropiados para su adecuada comprensión, especialmente en el caso de consumidores hipervulnerables, cuando tal situación sea conocida o deba serlo por el proveedor, o resulte evidente en función de las circunstancias que conformen el contexto de la relación de consumo;

“2. La información deberá ser comunicada de manera fehaciente bajo las siguientes reglas:

a) en soporte papel o electrónico, a opción del consumidor, quien a tales fines deberá proporcionar una dirección electrónica; b) en los contratos celebrados por medios electrónicos, la información podrá transmitirse por la misma vía; c) conforme lo disponga otra disposición legal o reglamentaria;

“3. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en idioma español, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario. En el caso de bienes o servicios importados, los proveedores son responsables del contenido de la traducción”.

(23) “Art. 16.— *Cumplimiento e incumplimiento: efectos.* La obligación de informar a los consumidores

El Cód. Civ. y Com. ya había ampliado el deber de información (24) en relación a la versión originaria de la LDC (25), en cuanto dispone expresamente que, además de informar todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que se proveen y las condiciones de comercialización, debe informarse sobre *toda otra circunstancia relevante para el contrato*. Al interpretar y aplicar esta norma a la luz del principio de acceso al consumo sustentable, como lo exige el art. 1094 del Cód. Civ. y Com., puede plantearse la necesidad de informar si la provisión del bien o servicio resulta compatible con la noción de sustenta-

bilidad, protección del ambiente y la salud. Las normas proyectadas en el ALDC amplían mucho más el alcance del deber de informar, de manera explícita.

Luego, si se pone el foco en buscar estrategias para lograr la eficacia de las normas vigentes como así también de las proyectadas, asumiendo la posibilidad de su entrada en vigencia, surgen algunos interrogantes y reflexiones interesantes.

En primer lugar, si el único efecto de la introducción del principio de consumo sustentable en el ordenamiento jurídico fuese la ampliación del deber de información, su eficacia dependería exclusivamente de garantizar el acceso a la información ambiental relevante, extender el contenido del deber de informar y controlar su cumplimiento. Por ejemplo, exigir información detallada sobre el impacto ambiental asociado al proceso de producción del bien, a la utilización de dicho producto por parte del consumidor, su vida útil e impacto de los residuos que genera cuando concluye la misma.

Sin embargo, extender el deber de información en cuanto a su contenido, ámbito de aplicación y sujetos sobre los que recae no garantiza que los consumidores efectivamente estén informados ni mucho menos que tomen decisiones acordes al consumo sustentable. Por un lado, todo deber de información genera costos administrativos. Los incentivos para que los obligados cumplan con las exigencias normativas, dependerán, fuertemente, de que el costo esperado de incumplir supere el costo de hacerlo. Luego, será relevante el control y la probabilidad de que las sanciones por incumplimiento sean efectivas (26).

---

es un deber de hacer en los términos del art. 774 inc. c) del Código Civil y Comercial, y su incumplimiento total, parcial o defectuoso genera responsabilidad objetiva de acuerdo a lo establecido en el art. 1723 del mismo cuerpo legal. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación recae sobre los proveedores.

“Sin perjuicio de los demás efectos establecidos en esta ley o en leyes especiales:

“1. En la etapa precontractual, el incumplimiento de la obligación de informar facultará al consumidor, a su libre elección, a exigir su cumplimiento, o si el contrato se hubiese perfeccionado, a pedir la nulidad, o de una o más de sus cláusulas;

“2. En la etapa contractual, el consumidor podrá optar por exigir el cumplimiento o resolver el contrato, cuando el incumplimiento fuere esencial;

“3. En todos los casos, incluso en la etapa postcontractual, podrá reclamar el resarcimiento de los daños ocasionados”.

(24) “Art. 1100.— *Información*. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión”.

(25) El art. 4° de la Ley de Defensa del Consumidor argentina dispone: “Art. 4° — *Información*. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Sólo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase en forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición” (artículo sustituido por art. 1° de la ley 27.250, BO 14/6/2016).

---

(26) En este sentido, Acciarri y Tolosa afirman: “Podría pensarse que en un mercado competitivo de bienes heterogéneos los propios proveedores tendrán incentivos para transmitir información acerca de los atributos de los bienes que ofrecen y diferenciarlos de otros similares. Y que lo harán con la finalidad de captar clientes. Sin embargo, si bien la publicidad es un medio muy valioso para transmitir información a los consumidores, no resulta estrictamente equivalente a información veraz, y menos completa. De modo característico la publicidad tiende a ocultar aspectos desfavorables del producto y a exacerbar ciertas cualidades positivas, y en ningún caso es imparcial o de veracidad verificada” (ACCIARRI,

Pero aun asumiendo que los proveedores cumplieran con la norma y brindaran la información exigida, y que el Estado y los particulares garantizaran adecuadamente el acceso a la información pública, esto tampoco es suficiente para que los consumidores *adquieran* efectivamente la información relevante y puedan tomar decisiones adecuadas al principio de consumo sustentable. En muchos casos, comprender ciertos datos en su cabal dimensión, *como la información sobre la calidad ambiental de los bienes y servicios, sus efectos en la salud humana (art. 10.2 del ALDC) o las informaciones sobre riesgos, incertidumbres y cuestiones ambientales (art. 12 del ALDC)*, requerirían, en muchos casos, un curso propio para cada uno de esos aspectos. Y es razonable suponer que la mayoría de los consumidores no estará dispuesto a destinar tanto tiempo de su vida a obtener información para el consumo.

En otros casos, los problemas de comprensión y procesamiento de la información podrán derivar no del contenido en sí mismo de los datos, sino de la cantidad. El exceso de información conspira contra la posibilidad de que el consumidor adquiera y comprenda los datos relevantes para tomar decisiones de consumo sustentable. El ALDC prevé el caso de *sobreinformación* —en general, no solo en relación al consumo sustentable— en el proyectado art. 15 y lo equipara al incumplimiento del deber de informar: “La sobreinformación al consumidor tiene los mismos efectos que el incumplimiento de la obligación de informar. Se considera tal el suministro de información en exceso, o de suma complejidad, sin las aclaraciones necesarias para que sea asequible por su destinatario, o que de cualquier manera, por tales razones, *impida la adecuada comprensión del mensaje*, y sea relevante en función del bien o servicio de que se trate” (el resaltado nos pertenece).

No obstante, determinar cuándo se puede lograr con eficacia *la adecuada comprensión del mensaje* en el consumidor medio no resulta una tarea sencilla. En el ALDC se exige que la

información sea “clara, precisa, completa, veraz y comprensible respecto de las características esenciales de los bienes y servicios que ofertan o proveen, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante en razón de su naturaleza y particularidades” (art. 12); que “comprenda todas las informaciones sobre riesgos, incertidumbres y cuestiones ambientales” (art. 12); que “sea proporcionada de manera fácilmente accesible para el consumidor, mediante mecanismos apropiados para su adecuada comprensión, especialmente en el caso de consumidores hipervulnerables, cuando tal situación sea conocida o deba serlo por el proveedor, o resulte evidente en función de las circunstancias que conformen el contexto de la relación de consumo” (art. 13); se requiere una adecuada cantidad de información para no pecar por exceso (art. 15) ni por defecto (art. 14); y que sea asequible para un consumidor medio (art. 15).

Frecuentemente se señala que una herramienta útil para informar al consumidor sobre datos relevantes asociados a riesgos, incertidumbres o cuestiones ambientales, son las etiquetas ecológicas. Entre sus ventajas, se señala que se trata de símbolos sencillos, simples, que facilitan la transmisión de información al consumidor y, por lo tanto, podrían favorecer *la adecuada comprensión del mensaje*. Pensemos, por ejemplo, en el sello de certificación FSC en la producción de papel (27).

(27) El papel FSC cuenta con un certificado que acredita que la madera con la que está hecho el producto que lo posee proviene de bosques gestionados según los criterios del Consejo de Administración Forestal (en inglés: *Forest Stewardship Council* –FSC–), que incluye medidas de gestión sostenible del bosque en los aspectos ecológicos, sociales y económicos, entre otras. Por su parte, el papel reciclado emplea como materias primas fibras recuperadas de papel o de cartón, tanto de postconsumo como de preconsumo. FSC es una organización no gubernamental internacional creada con el objetivo de promover una gestión forestal ambientalmente responsable, socialmente beneficiosa y económicamente viable en los bosques de todo el mundo. El certificado FSC garantiza al consumidor que los productos forestales proceden de montes aprovechados de forma racional, de acuerdo con los Principios y Criterios del FSC, los cuales definen los niveles mínimos de buena gestión para los bosques de todo el mundo. Este certificado se consigue mediante un proceso de evaluación voluntario, que es

H. A. - TOLOSA, P., “La ley de defensa del consumidor y el análisis económico del derecho”, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor: comentada y anotada*, cit., 2009, t. II, cap. 1, ps. 20-21).



Existen numerosos casos en los que el proveedor voluntariamente decide realizar las certificaciones correspondientes y difundir dicha información para diferenciar sus productos. Sin duda, las etiquetas constituyen una herramienta muy útil a estos fines. Pero no debe soslayarse que su utilización, en el plano empírico, no está exenta de problemas y limitaciones. Por un lado, si bien existen algunas certificaciones ampliamente difundidas sobre sustentabilidad de ciertos procesos de producción y ecotiquetas (28), no siempre los consumidores se encuentran familiarizados con ellas. Pensemos, por ejemplo, en el caso del papel reciclado. Un error muy frecuente es creer que el papel reciclado es sinónimo de ecológico, cuando no necesariamente lo es. Un papel reciclado, al igual que uno de fibra virgen, para ser ecológico necesita de un proceso productivo no contaminante (29). Luego, dejarse llevar por la etiqueta que indica “reciclado” sin más, para elegir el papel que se va a consumir, no siempre implica optar por la opción más sustentable. La eficacia de las etiquetas ecológicas, por consiguiente, depende fuertemente de la elaboración de pro-

gramas de educación al consumidor, con un diseño y ejecución adecuados.

Por otro lado, la decisión de los consumidores se verá afectada por la presencia de sesgos cognitivos y heurísticas que obstaculizan el procesamiento y análisis racional de la información. La irrupción de las ciencias del comportamiento ha demostrado que la racionalidad es limitada y la mayoría de las decisiones que tomamos se encuentra afectadas por sesgos que condicionan nuestra percepción. La llamada “economía del comportamiento” (*behavioral economics*) integra estas ideas al modelo conductual base de los problemas de decisión (30); y existen numerosos estudios aplicados al campo de las decisiones de consumo (31). La forma en que se presenta la información, las estrategias de comunicación, el contexto en el que se brinda una explicación tiene influencia significativa en la posibilidad de comprensión adecuada del mensaje que se pretende transmitir. Cumplir formalmente con el requisito legal informar de acuerdo a los estándares normativos no necesariamente es suficiente para garantizar la comunicación, ni mucho menos para incentivar un modo de consumo sustentable por parte del consumidor. Y esto es válido no solo en relación a las etiquetas sino también

---

realizado por un organismo independiente (entidad certificadora) y afecta a toda la cadena de suministro.

(28) Por ejemplo, las etiquetas energéticas en los electrodomésticos que indican el nivel de eficiencia energética del producto. En la Argentina, a partir del 26/8/2005 rige la obligatoriedad de realizar el Etiquetado Energético en heladeras de refrigeración y congelación de alimentos a través de la res. 35/2005 de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería (SICyM). Deben cumplir con la misma quienes fabriquen o importen heladeras para poder distribuir y comercializar en nuestro país. Se usa una etiqueta comparativa de eficiencia energética la cual contiene información que describe el consumo eléctrico anual, los volúmenes de alimentos refrigerados y/o congelados, la clasificación en estrella y la clase climática. Los datos volcados en la etiqueta se obtienen a partir de ensayos determinados por sus respectivas normas.

(29) El papel reciclado es aquel que se fabrica a partir de papel usado recogido en oficinas, imprentas, etc. El papel usado se distinta, es decir, la tinta se separa de las fibras y, a continuación, estas fibras son sometidas a procesos de blanqueamiento; y a partir de la pasta que resulta de este proceso se fabrica el papel reciclado. En ocasiones los tratamientos de las tintas compuestas por barnices, aceites, disolventes, pigmentos, anilinas y otros compuestos vertidos en grandes cantidades pueden generar impactos negativos en el medio ambiente.

---

(30) Para una explicación sucinta del tema, ver: ACCIARRI, H. (dir.), *Derecho, Economía y Ciencias del Comportamiento*, cit., cap. 2.

(31) A modo de ejemplo: THALER, R., “Toward a Positive Theory of Consumer Choice”, *Journal of Economic Behavior and Organization*, 39, 1980, p. 60; SUNSTEIN, C., “Behavioral Economics, Consumption and Environmental Protection”, *Regulatory Policy Program Working Paper RPP-2013-19*, Cambridge, MA: Mossavar-Rahami Center of Business and Government, Harvard Kennedy School, Harvard University; SUNSTEIN, C., “On Mandatory Labeling, with special reference to genetically modified foods”, *Forthcoming in University of Pennsylvania Law Review*, Discussion Paper nro. 81, 9/2016, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2824461>; JOLLS, C. - SUNSTEIN, C., “Debiasing through law”, *Working Paper 11738*, 2005, <http://www.nber.org/papers/w11738>; ZANDSTRA, E. - MIYAPURAM, K. - TOBLER, P., “Understanding Consumer Decisions Using Behavioural Economics”, in *Decision Making. Neural and Behavioral Approches*, edited by V. S. Chandrasekhar Pammi Narayanan Sprinivasan, Elsevier, disponible en: [https://www.academia.edu/1802145/Understanding\\_consumer\\_decisions\\_using\\_behavioural\\_economics](https://www.academia.edu/1802145/Understanding_consumer_decisions_using_behavioural_economics).

a todos los medios de dar cumplimiento con el deber de información.

Excede los límites propuestos para estas líneas desarrollar los fundamentos teóricos, explicar con detalle los estudios sobre sesgos cognitivos y presentar exhaustivamente las aplicaciones más destacadas del enfoque del derecho, economía y comportamiento (*behavioral law & economics*) en el campo del consumo. No obstante, dada la relevancia de estos aportes para el diseño de estrategias adecuadas para promover el consumo sustentable, haremos a continuación una breve referencia a los más salientes.

## VI. Sesgos de percepción, racionalidad limitada y decisiones del consumidor

La economía del comportamiento ha demostrado que la racionalidad de los individuos es limitada y que, contrariamente a lo que asumía la economía neoclásica, la conducta de los consumidores no siempre responderá a un criterio de maximización de la utilidad (32). Por el contrario, los consumidores suelen comportarse de modo contrario a sus intereses económicos y frecuentemente toman decisiones que los afectan de un modo negativo (33). Una de las explicaciones que se brinda al respecto se relaciona con la existencia de sesgos cognitivos y

(32) JOLLS, C., "Behavioral Law and Economics", John M. Olin Center for Studies in Law, Economics and Public Policy, Research Paper 34, 2006; KAHAN, D. M., "The Expressive Rationality of Inaccurate Perceptions", *Behavioral & Brain Sciences*, octubre 2015, 40, <https://ssrn.com/abstract=2670981>; KOROBKIN, R., "Bounded Rationality, Standard Form Contracts and Unconscionability", *University of Chicago Law Review*, 70, 2003; KAHNEMAN, D., "A Perspective on Judgment and Choice. Mapping Bounded Rationality", *American Psychologist*, 58(9), 2003, ps. 697-720; THALER, R. - SUNSTEIN, C., *Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven/Londres: Yale University Press, 2008, cap. 1; THALER, R., "Toward a Positive Theory of Consumer Choice", cit., p. 60; KAHNEMAN, D. - TVERSKY, A., *Choices, Values, and Frames*, Cambridge University Press, 2000; SUNSTEIN, C., "Behavioral Economics, Consumption and Environmental Protection", cit.

(33) ALLCOTT, H. - MULLAINATHAN, S. - TAUBINSKY, D., "Energy Policy with Externalities and Internalities", *Working Paper* nro. 17977, 2012, disponible en: <http://www.nber.org/papers/w17977>; KAHNEMAN, D. - TVERSKY, A., *Choices, Values, and Frames*, cit.; SUNSTEIN, C., "Behavioral Economics, Consumption and Environmental Protection", cit.

heurísticas que afectan la conducta. Algunos de los principales hallazgos en este campo de estudio, en relación a la conducta de los consumidores, pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) Cuando las personas reciben información sobre los riesgos y beneficios acerca de ciertas acciones, es más probable que actúen de acuerdo con dicha información si simultáneamente se les provee información clara, concreta y explícita acerca de cómo realizar la conducta sugerida, adecuada o saludable. Un experimento al respecto se realizó en relación a una vacuna: cuando se informaba a los individuos sobre los beneficios de vacunarse, se demostró que eran más propensos a hacerlo aquellos que recibían además de la información sobre las ventajas de vacunarse, un plan concreto de vacunación y un mapa indicando adonde dirigirse para hacerlo (34). Asimismo, se demostró que la conducta de los consumidores resultaba significativamente afectada si la información suministrada al consumidor no era abstracta, vaga o ambigua, sino concreta, clara y puntual.

b) El contexto y la forma en que se presenta la información influye en la percepción de los consumidores de un modo muy relevante. En la literatura de la economía del comportamiento se denomina *framing* o *problemas de marco* al efecto que se produce en la percepción de los individuos según el contexto o *marco* en medio del cual se presenta la información (35). Por ejemplo, diversos experimentos han demostrado que las decisiones de los seres humanos resultan afectadas por el fenómeno de aversión a las pérdidas que conduce a que se valore más la conservación del *statu quo* que la posibilidad de obtención de una ganancia, dando lugar al llamado efecto dotación. Este sesgo en la conducta, genera que si los consumidores son informados acerca de que ganarán cierta cantidad de dinero usando productos que permiten ahorrar energía (que implican un uso más eficiente de la energía), serán menos propensos a cambiar su conducta que si son informados

(34) SUNSTEIN, C., "Behavioral Economics, Consumption and Environmental Protection", cit.

(35) KAHNEMAN, D. - TVERSKY, A., *Choices, Values, and Frames*, cit.; THALER, R. - SUNSTEIN, C., *Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, cit., ps. 36-37.

acerca que perderán la misma suma de dinero por no usar tales productos.

Del mismo modo, un producto que está etiquetado como “90% libre de grasa” será más llamativo para los consumidores que uno que esté etiquetado como “contiene 10% de grasa” (36). En otros términos, los consumidores focalizarán su atención en las pérdidas más que en las ganancias, y serán más propensos a cambiar su conducta ante la posibilidad de enfrentar pérdidas.

La forma de presentar la información también influye de modo relevante en la percepción de los consumidores. La información presentada de un modo vívido, saliente y concreto puede tener un mayor impacto en la atención de los consumidores que la información abstracta o estadística (37). Adicionalmente, la información familiar, o conocida, genera menos atención que la información presentada de un modo novedoso. Estos aportes resultan significativos al momento de decidir cómo redactar mensajes de alerta, precauciones o información importante que el consumidor debería considerar antes de consumir el producto (38).

c) En muchas circunstancias, la conducta del consumidor se ve influenciada por la percepción de la conducta de otras personas. En otros términos, la influencia de la conducta de los pares tiene impacto en la conducta de los consumidores en ciertos campos. Así, las decisiones que tome el consumidor dependerá de cómo crea que sus pares se están comportando. Esto puede responder al hecho de tomar conocimiento acerca de la experiencia de otros, que lo motive seguir el mismo comportamiento. Y también puede ser motivado por un efecto

reputación(39): si sus pares de comportan de tal forma, no hacerlo podría generar una mala imagen ante la mirada de aquellos.

d) Problemas en la asignación de probabilidades y actitud frente al riesgo. Se han identificado diversos fenómenos que afectan la percepción del riesgo por parte de los individuos. Uno de ellos es el exceso de optimismo. Frecuentemente los consumidores poseen un optimismo infundado o inconsistente con las probabilidades objetivas de riesgo que enfrentan y conocen(40). Por ejemplo, muchos consumidores creen que ellos enfrentan una probabilidad más baja que otros de sufrir un accidente de tránsito; muchos fumadores están convencidos, aun conociendo las estadísticas objetivas asociadas a los riesgos de fumar, que el riesgo personal es menor que el que enfrenta un fumador medio.

Otro es la heurística de la disponibilidad, que se presenta cuando la familiaridad con un tipo de riesgo lo hace parecer más severo de lo que realmente es(41). La heurística en general funciona mediante un proceso de “sustitución de atributos”, según el cual las personas responden una pregunta difícil que sustituye a una más fácil. Cuando se pregunta si deberíamos tener miedo a la energía nuclear o a los organismos genéticamente modificados, por ejemplo, y usamos la heurística de la disponibilidad, evaluamos la magnitud de los riesgos preguntando si se nos ocurren ejemplos con facilidad. Si se nos vienen ejemplos a la mente con facilidad, es mucho más probable que experimentemos miedo que si eso no sucede. La heurística de la disponibilidad

(36) SUNSTEIN, C., “Behavioral Economics, Consumption and Environmental Protection”, cit.

(37) SUNSTEIN, C., “Behavioral Economics, Consumption and Environmental Protection”, cit.; SUNSTEIN, C., “Nudging: A Very Short Guide. Journal of Consumer Policy”, 37(4), 2014, p. 583.

(38) Un ejemplo muy conocido al respecto: un aviso que indique “el fumar es perjudicial para la salud” no tiene el mismo efecto en la atención que uno que diga “fumar mata”, ni que una foto de una persona con respirador artificial, o de un cuerpo mutilado o de una pierna con gangrena debajo de dicho aviso.

(39) SUNSTEIN, C., “Empirically informed regulation”, *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Paper nro. 13-03, 2011, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2128806](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128806); ALLCOTT, H. - ROGERS, T., “The Short-Run and Long-Run Effects of Behavioral Interventions: Experimental Evidence from Energy Conservation”, *Working Paper 18492* <http://www.nber.org/papers/w18492>, National Bureau of Economic Research 1050 Massachusetts Avenue Cambridge, MA 02138 October 2012, disponible en: [http://scholar.harvard.edu/files/todd\\_rogers/files/the\\_short.pdf](http://scholar.harvard.edu/files/todd_rogers/files/the_short.pdf).

(40) SUNSTEIN, C., “Behavioral Economics, Consumption and Environmental Protection”, cit.

(41) KAHNEMAN, D. - TVERSKY, A., *Choices, Values, and Frames*, cit., ps. 1 a 16.

muestra por qué algunos peligros estarán a la vista y por qué se descuidaran otros (42).

La *familiaridad* de la información puede afectar a la disponibilidad cognitiva de los riesgos. Sin embargo, la *prominencia* también es importante: por ejemplo, “el impacto de ver una casa en llamas sobre la probabilidad subjetiva de dichos accidentes posiblemente sea mayor que el impacto de leer acerca de un incendio en un periódico local” (43). Por lo tanto, los acontecimientos recientes ejercerán un impacto mayor que los anteriores. Esto permite explicar actitudes relacionadas con nuestra percepción del riesgo. Por ejemplo, el hecho de que se contraten seguros contra desastres naturales depende en gran medida de las experiencias recientes: luego de un terremoto, la venta de seguros contra terremotos suben abruptamente pero con el paso del tiempo, decaen. Si no hubo inundaciones por mucho tiempo en una zona de tierras que se inundan, es poco probable que las personas que viven en esas tierras contraten seguros contra inundaciones. Y podrían enumerarse muchos más ejemplos similares.

La heurística de la disponibilidad ayuda a explicar ciertas decisiones que tomamos en relación a los riesgos. El recuerdo vívido de un riesgo, de una catástrofe, de la posibilidad de sufrir un daño incrementa la probabilidad de tomar precauciones. Mientras que ignoramos otros riesgos que no están cognitivamente disponibles.

## VII. Algunas reglas útiles en miras a promover el consumo sustentable

Los problemas señalados muestran que la capacidad de los consumidores para captar y procesar la información que reciben es acotada. La atención es limitada y la posibilidad de comprensión también. Luego, la utilidad del deber de información para promover el consumo

sustentable será condicionada a diversos factores que influyen en la percepción.

La ampliación del alcance del deber de información, el acceso a la información ambiental relevante, la exigencia de informar sobre las condiciones procesos de producción, sobre el impacto ambiental derivado del consumo y sobre los riesgos e incertidumbres, constituyen herramientas valiosas y es razonable esperar que tengan un impacto positivo. Por ejemplo, se ha puesto énfasis en las ventajas que implica a los efectos de exigir que los proveedores brinden información precisa a los consumidores sobre la obsolescencia programada (44). No obstante, aun cuando los consumidores estén interesados en proteger el ambiente, esto no será suficiente para lograr efectivamente prácticas de consumo sustentable.

Los hallazgos de la economía del comportamiento en este campo, sin embargo, nos permiten extraer algunas reglas prácticas para mejorar la utilidad del deber de información a los fines de facilitar el acceso al consumo sustentable. No solo es importante brindar información, sino que también es muy relevante cómo hacerlo. El *cómo* se proporciona la información es tan o más importante que el *cuánto*.

- *Cuanto más simple, concreto, saliente y directo, mejor*

En primer lugar, la divulgación de la información es ineficaz cuando es demasiado abstracta, vaga, detallada o compleja (45). Un buen criterio a seguir para lograr un mensaje efectivo es que debería ser concreto, directo, claro, puntual, simple y saliente. Por ejemplo, si se pretende para promover el ahorro de energía y la sustitución de las lámparas tradicionales por LED, un mensaje que diga: “Las luminarias LED consumen menos energía y duran más tiempo”, será *clara, precisa, veraz y comprensible*. Pero, dado que las llamadas lámparas bajo consumo

(42) TVERSKY, Amos - KAHNEMAN, Daniel, “Judgement under uncertainty: heuristics and biases”, *Science*, New Series, vol. 185, nro. 4157, sep. 27, 1974, ps. 1124-1131, disponible en: <http://links.jstor.org/sici?sici=0036-8075%2819740927%293%3A185%3A4157%3C1124%3AJUUHAB%3E2.0.CO%3B2-M>.

(43) TVERSKY, Amos - KAHNEMAN, Daniel, “Judgement under uncertainty: heuristics and biases”, cit., p. 1127.

(44) BIANCHI, L., “La influencia del principio del consumo sustentable en el combate de la obsolescencia programada, la garantía de los ‘productos durables’ y el derecho a la información de los consumidores en Argentina”, cit.

(45) SUNSTEIN, C., “Behavioral Economics, Consumption and Environmental Protection”, cit.

también consumen menos energía que las lámparas tradicionales, este mensaje puede resultar confuso y, también, incompleto.

Supongamos que se agrega más información, de la siguiente manera: “Las lámparas LED pueden consumir entre un 85 y 90% de electricidad menos que un foco incandescente. Esto se debe a que el 98% de la que consume una lámpara LED se transforma en luz y no en calor. El LED es un dispositivo que opera a baja temperatura en relación con la luminosidad que proporciona. El LED dura hasta 70 veces más que una lámpara incandescente tradicional”. Este sería un mensaje que proporciona mayor información *clara, precisa, veraz y comprensible*. Sin embargo, si el mismo contenido se presenta de la siguiente forma: “Una lámpara incandescente tradicional de 100W equivale a una LED de 15W; y dura 1000 horas, mientras la LED dura 70.000 horas (70 veces más)” probablemente sería más directo y sencillo de comprender.

Mucho más claro y completo aún sería si incluye la comparación con las lámparas bajo consumo. Por ejemplo, un mensaje que diga: “Una lámpara incandescente tradicional de 100W equivale a una lámpara bajo consumo de 30W y a una LED de 15W. La lámpara incandescente tradicional dura 1000 horas, una bajo consumo dura 8000 horas (8 veces más) y una LED dura 70.000 horas (70 veces más que una incandescente)”. Y si la información es suministrada en un cuadro con imágenes que identifiquen cada tipo de lámpara, seguramente el mensaje será aún más directo, concreto, claro y puntual; también, será más simple y saliente el modo de presentar la información.

En este sentido, el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos dejó de utilizar hace unos años la conocida “pirámide alimenticia” que fue ícono durante décadas de la promoción de la alimentación saludable y se la incluía en los envases de los alimentos. Se la dejó de lado, precisamente, por considerar que no brindaba información clara al consumidor. Por un lado, se observó que no ofrecía una pauta concreta respecto de cómo sería una dieta saludable y, por otro, que la información era presentada de un modo abstracto, pues no conectaba a las personas con la experiencia real de alimentarse. Así, la “pirámide alimenticia” fue reemplazada por

otro ícono más simple, que consiste en un plato que tiene marcas para frutas, vegetales, cereales y proteínas; e identifica a cada una con un color diferente. La imagen del plato es acompañada por una guía precisa que incluye “prepare la mitad de su plato con frutas y vegetales”, “beba agua en lugar de bebidas con azúcar”, y “consume leche libre de grasa o descremada” (46).

- *Adecuada contextualización*

En cuanto a la relevancia de una adecuada contextualización del mensaje, debe tenerse en cuenta que el consumidor focalizará la atención en la información más saliente. Por ello lo más saliente debe ser lo más importante, pero si no está adecuadamente contextualizado, puede generar confusión. Entre otras cosas, la heurística de la disponibilidad afectará la percepción: el consumidor focalizará en el dato saliente y tenderá a ignorar otra información. Y, por el sesgo de aversión a las pérdidas, se focalizará especialmente en los datos relacionados con la posibilidad de perder algo.

Sunstein ejemplifica esta situación con un caso concreto llevado a la práctica por el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (47): en un momento dado se comenzó a exigir la provisión de información nutricional a los consumidores respecto de carnes y aves. Según la reglamentación, la información debe ser provista en una etiqueta y precisar las calorías y el total de grasas y de grasas saturadas. Pero si el producto contiene una declaración con un porcentaje, por ejemplo “80% magro” también debe enumerar el porcentaje de grasa. Esta exigencia apunta evitar la confusión que puede producirse por resultar más saliente el dato de “lo magro” en un producto que declara “80% magro” y luego resultar engañoso o confuso por quedar inadvertido el dato referido a la cantidad de grasa que efectivamente contiene (48).

---

(46) SUNSTEIN, C., “Behavioral Economics, Consumption...”, cit.

(47) SUNSTEIN, C., “Behavioral Economics, Consumption...”, cit.

(48) Este sería un típico problema de marco o *framing*, en cuanto presentar una información o un dato de un modo saliente hace que la atención, selectivamente, se focalice en ese dato y contextualice el mensaje sobre el mismo. En este caso, “lo magro”. Luego, el producto será

Otra confusión frecuente de esta clase puede verse con los productos *diet* y *light*. Cuando la característica *diet* o *light* del producto es lo saliente, pero no está aclarado de manera también saliente, destacada y correctamente contextualizada por qué es *diet* (qué ingrediente o ingredientes no contiene, o cuáles ingredientes son reemplazados por otros en relación al producto equivalente “no *diet*”) o por qué es *light* el producto (qué reducción de calorías representa en relación al equivalente “no *light*”), el consumidor fácilmente puede caer en el engaño de pensar que se trata de un producto que “no engorda”, o que es más saludable que su equivalente “no *diet*” o “no *light*”.

• *Regla por defecto*

Otro hallazgo de la economía del comportamiento es que las reglas por defecto afectan significativamente las decisiones de los individuos en general (49). En el campo de la protección al ambiente y la sustentabilidad, la inercia y procrastinación suelen ser muy relevantes: los individuos frecuentemente procrastinan o se niegan a poner en práctica cambios de hábitos o realizar pequeñas acciones (50), como, por ejemplo, optar por el uso de energías eficientes, dejar de fumar, instalar sistemas de ahorro de agua potable, aun cuando ello implique un ahorro de dinero o una mejora relevante para su salud (51). Luego, las reglas por defecto diseñadas adecuadamente pueden tener un impacto significativo en relación al consumo sustentable. Se trata, en definitiva, de enrolar por defecto, automáticamente, a los consumidores o usuarios en la alternativa más compatible con la protección ambiental, y brindar la alternativa

de *opt-out* si prefieren otra opción (52). Existen diversos ejemplos en este campo.

En Alemania, por ejemplo, si bien muchas personas manifestaban su preferencia por la energía “verde” o sustentable, muy pocos consumidores optaban por esta y, en la mayoría de las comunidades, la tasa de usuarios que optaban por energía “verde” no llegaba al 1% de la población. Sin embargo, en Schöneau, una pequeña comunidad, el porcentaje de usuarios de esta clase de energía se incrementó hasta alcanzar el 90%. La diferencia: la regla por defecto. La compañía Schöneau Power Company ofrece energía solar como opción por defecto. Los usuarios pueden ejercer su derecho a *opt ut* y elegir otra fuente de energía, para lo cual deben buscar información relevante para identificar las alternativas; pero el porcentaje de usuarios que ejerció el *opt ut* desde hace años fue levemente superior a cero (53).

Otro ejemplo bastante difundido es el de los mensajes utilizados en algunas cadenas de hoteles para promover la reutilización de sábanas y toallas, que incluyen la regla por defecto: “las sábanas (o toallas) se cambian cada tres días”.

Así, mensajes del tipo: “Ayúdenos a proteger nuestro medio ambiente. En el lavado de blancos una gran cantidad de agua y toneladas de detergente son esparcidos en el ecosistema. Conserve. Usted decide. Nuestro estándar es cambiar sus blancos cada tercer día durante su estancia. Si usted prefiere que sus blancos sean cambiados diariamente, coloque esta tarjeta sobre su almohada en la mañana y sus sábanas serán cambiadas ese día”; contienen la regla por defecto “las sábanas serán cambiadas cada tres días”. El consumidor puede ejercer su derecho a *opt out*, que requiere una acción específica, pero es razonable esperar un porcentaje mayor de reutilización de sábanas con esta clase de

asociado con esa característica “lo magro”, cuando en realidad el mensaje era “80% magro”, no “100% magro”.

(49) SUNSTEIN, C., “Choosing not to choose”, *Harvard Public Law Working*, Paper nro. 14-07, February 10, 2014. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract/abstract=2377364>.

(50) ZANDSTRA, E. - MIYAPURAM, K. - TOBLER, P., “Understanding Consumer Decisions Using Behavioural Economics”, cit.

(51) DEVOTO, F. - DUFLO, E. - DUPAS, P. - PARIENTE, W. - PONS, V., “Happiness on Tap: Piped Water Adoption in Urban Morocco”, *National Bureau of Economic Research*, Working Paper nro. 16933, Issued in April 2011, disponible en: <http://www.nber.org/papers/w16933>.

(52) SUNSTEIN, C. - REISCH, L., “Climate-Friendly Default Rules”, August 9, 2016, disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2796786> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2796786>.

(53) Ver al respecto: PICHERT, D. - KATSIKOPOULOS, K., “Green Defaults: Information presentation and pro-environmental behaviour”, *Journal of Environmental Psychology*, vol. 28, Issue 1, March 2008, ps. 63-73, citado por SUNSTEIN, C. - REISCH, L., “Climate-Friendly Default Rules”, cit.

estrategia. Si, al contrario, el mensaje es: “Ayúdenos a proteger nuestro medio ambiente. En el lavado de blancos una gran cantidad de agua y toneladas de detergente son esparcidos en el ecosistema. Conserve. Usted decide. Si decide reutilizar sus blancos, coloque esta tarjeta sobre su almohada en la mañana y sus sábanas no serán cambiadas ese día”; la regla por defecto es “las sábanas se cambian diariamente”. En este caso, para que el usuario elija una alternativa más sustentable, se le exige una acción específica que requiere atención y puede ser soslayada con un mínimo descuido.

- *Normas sociales*

Si los consumidores toman conocimiento de que sus pares eligen alternativas de energía sustentable, se incrementa la probabilidad de ellos mismos optar por tales alternativas. Si se expande la creencia generalizada de que individuos considerados razonables y buenas personas eligen productos sustentables, esta norma ejercerá presión a favor de elecciones de consumo sustentable (54).

Existen varios estudios empíricos que demuestran cómo y en qué medida los consumidores pueden ser influidos por tomar conocimiento acerca del comportamiento de sus pares (55). Por ejemplo, Goldstein, Cialdini y Griskevicius (56) testearon empíricamente si los mensajes que se referían al comportamiento de otros individuos podían influir en la decisión de los huéspedes de un hotel de reutilizar las toallas. Compararon el efecto de los huéspedes ante el mensaje estándar “Ayúdenos a pro-

teger el ambiente” (57), con un mensaje que sugería que el “75% de las personas alojadas en el hotel efectivamente apoyan el programa de reutilización de toallas” y, a continuación, brindaba las instrucciones sobre cómo participar en el programa (58) acompañada por información acerca del impacto del programa (si la mayoría de los huéspedes participaba se ahorrarían 72,000 galones de agua, 39 barriles de combustible y aproximadamente 480 galones de detergente). El segundo mensaje, más detallado, contextualizado y con referencia al comportamiento de otras personas, implicó un incremento del porcentaje de utilización de las toallas del 35% al 44% (59).

Posteriormente, Goldstein *et al.* testearon cinco mensajes diferentes que invitaban a las personas alojadas en el hotel a sumarse al programa de reutilización de toallas (60). El primero fue el mensaje estándar “Ayúdenos a salvar el ambiente”. El segundo, “Unáse a los demás huéspedes en la ayuda para salvar el ambiente” junto a la información de que “el 75% de los huéspedes del hotel ya participaron del programa”. El tercero coincidía con la primera parte del segundo, pero la información agregada era: “el 75% de los huéspedes que se alojaron en esta habitación participaron del programa”. El cuarto mensaje, decía: “Unáse a sus conciudadanos en la ayuda para salvar el ambiente” y agregaba la siguiente información: “el 75% de los huéspedes del hotel ya participaron del programa”. Finalmente, se incluyó un mensaje que hacía alusión explícita al género: “Unáse a los hombres y mujeres que contribuyen a salvar el ambiente” y añadía que el 76% de las mujeres y el 74% de los hombres que se alojaban en el hotel participaban del programa (61).

(54) SUNSTEIN, C. - REISCH, L., “Climate-Friendly Default Rules”, cit.

(55) ALLCOTT, H. - ROGERS, T., “The Short-Run and Long-Run Effects of Behavioral Interventions: Experimental Evidence from Energy Conservation”, cit.; ALLCOTT, H., “Social Norms and energy conservation”, *Journal of Public Economics*, 95, (9), 1082-1095; ANDOR, M. - GERSTER, A. - PETERS, J. - SCHMIDT, C. M., “Social Norms and Energy Conservation Beyond the US”, August 18, 2018, *USAAE Working*, Paper nro. 18-356. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3234299>.

(56) GOLDSTEIN, N. J. - CIALDINI, R. B. - GRISKEVICIUS, V., “A room with a viewpoint: Using social norms to motivate environmental conservation in hotels”, *Journal of Consumer Research*, 35, 2008, ps. 472-482, disponible en: <https://assets.csom.umn.edu/assets/118359.pdf>.

(57) “Help us save the environment”.

(58) “Please place towels on the floor”.

(59) El experimento se realizó durante un período de tiempo de 80 días, en hotel de 190 habitaciones, de categoría media. Los mensajes fueron distribuidos aleatoriamente entre los huéspedes, quienes desconocían que estaban participando de dicho experimento.

(60) Durante un período de tiempo de 53 días, en el mismo hotel, los mensajes fueron distribuidos aleatoriamente entre los huéspedes, quienes desconocían que estaban participando del experimento.

(61) Goldstein *et al.* explican detalladamente el fundamento teórico que respaldó la elección y diseño de

Los resultados confirmaron que los cuatro tipos de mensajes que se contrastaron con el mensaje estándar (“Ayúdenos a salvar al ambiente”) fueron más exitosos (62). Al comparar los resultados de cada mensaje individual, se comprobó que aquel que pretendía identificar al huésped con quienes se alojaron en la misma habitación antes que él, fue el más efectivo: incrementó hasta el 49% la tasa de reutilización de toallas. Los autores, concluyeron que el experimento destaca la importancia de las normas sociales en la conducta: resaltar al consumidor la noción de ser integrante de un grupo que participa en una acción común, motivaría la conducta. Si bien podría plantearse que el porcentaje de reutilización de toallas se incrementó pero en una proporción pequeña, lo cierto es que si se comparan los resultados con la inversión realizada para lograr dicho incremento, puede concluirse que bien vale la pena. Reemplazar el mensaje tradicional por los nuevos implicó un costo insignificante y generó un beneficio evidente.

### VIII. Reflexiones finales

La incorporación del principio de consumo sustentable en el ALDC es, sin duda, positiva, y va en línea con las normas del Cód. Civ. y Com. en materia de protección al consumidor, que explícitamente lo incluyen.

Consecuentemente, la recepción del principio de consumo sustentable repercute en la interpretación de todos los institutos que apuntan a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. A lo largo de estas líneas hemos intentado esbozar algunas ideas respecto del impacto que particularmente tiene

---

cada uno de los mensajes. Ver al respecto, GOLDSTEIN, N. J. - CIALDINI, R. B. - GRISKEVICIUS, V., “A room with a viewpoint: Using social norms to motivate environmental conservation in hotels”, cit.

(62) Lograron un 44% de reutilización de toallas, en promedio, en comparación con el 37% que se logró con el mensaje estándar.

en relación al instituto del deber de información. Si bien suele asumirse que el principio de consumo sustentable exige ampliar el deber de información para garantizar el acceso a opciones de consumo compatibles con la sustentabilidad, intentamos explicar por qué la mera revelación de información no es suficiente para lograr dicho objetivo con eficacia.

Los aportes de la economía del comportamiento en este campo han demostrado que la racionalidad es limitada y, entre otras cosas, las decisiones de los consumidores se ven afectadas de un modo significativo por sesgos cognitivos. Luego, la forma en que se presente la información, el contexto, la simplicidad del mensaje, los datos salientes, la apelación a emociones o a la conducta de otros consumidores, influye en la posibilidad de adquirir, procesar y comprender la información. Asimismo, en la posibilidad de decidir y actuar. Por consiguiente, las herramientas que se utilicen para dotar de eficacia al principio de consumo sustentable necesariamente deberían considerar dichos aportes.

Lejos de agotar el tema, hemos intentado discurrir sobre los desafíos que se presentan a partir de la introducción del principio de consumo sustentable en el ordenamiento jurídico argentino, ahora proyectado en el ALDC. A modo de reflexión final, no podemos dejar de mencionar la necesidad de abordar el diseño de políticas públicas en este campo desde una perspectiva trans e interdisciplinaria (63). Si la eficacia de las instituciones importa, se requiere poner énfasis en dicha necesidad.

---

(63) Algunos países cuentan con equipos interdisciplinarios abocados, entre otras cosas, al diseño de políticas públicas para la promoción del consumo sustentable y la salud. Un ejemplo de ello fue la creación, en el Reino Unido del *Behavioural Insights Team* (BIT), informalmente conocido como *Nudge Unit*. En los Estados Unidos, la Oficina de Ciencia y Tecnología de la Casa Blanca creó un programa especial cuyo objetivo es trasladar los descubrimientos científicos en materia de economía del comportamiento a políticas públicas concretas (*Social and Behavioral Sciences Initiative*).



# Respeto de la dignidad humana y principio antidiscriminatorio en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

JUAN CARLOS PANDIELLA MOLINA (\*)

## I. Introducción

### I.1. *A modo de presentación*

Nuestros padres nos enseñaron que es de buen cristiano ser agradecido, por ello, agradecemos a nuestros amigos Fulvio Santarelli y Demetrio Alejandro Chamatropulos, la invitación a participar en la presente obra, intentaremos no defraudarlos, habida cuenta de que no somos especialistas en el tema de defensa al consumidor.

El desafío propuesto es comentar los arts. 5º, incs. 7º y 10; 20 y 21 del Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa al Consumidor, que hacen referencia al respeto de la dignidad humana y el principio antidiscriminatorio.

Como metodología de trabajo, nos ocuparemos de analizar la dignidad humana y luego el principio antidiscriminatorio.

La metodología propuesta por la comisión en el Anteproyecto, se articula en seis títulos: “Sistema de protección del consumidor” (I); “Protección contractual del consumidor” (II); “Usuarios de servicios públicos domiciliarios” (III); “Daños al consumidor. Prevención del daño, responsabilidad y sanción punitiva” (IV); “Diseño

institucional” (V), y “Disposiciones finales” (VI). Cuentan con diferentes capítulos, y en ocasiones estos se dividen a su vez en secciones.

En los fundamentos del Anteproyecto se señala: “La metodología seguida tiene diferentes propósitos. Busca construir una teoría general, ordenando los elementos centrales del ‘Sistema de protección del consumidor’ —relación de consumo, principios, derechos, deberes y diálogo de fuentes—, para luego ingresar a aquellos ejes que hacen a la transversalidad del Derecho del Consumidor, como el régimen de los contratos, los servicios públicos domiciliarios, los daños y la tutela procesal y administrativa. Asimismo, propende a articular reglas y principios, a fin de responder a la complejidad del siglo XXI, caracterizado por la globalización, la revolución tecnológica y la flexibilidad de las instituciones y de los paradigmas. En este sentido, la propuesta se encuentra claramente en línea con el modelo emergente del CCC, elaborado a partir del Anteproyecto de 2012 por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, y coordinada por el Dr. Federico De Lorenzo”.

Realizada la breve introducción nos ponemos manos a la obra.

## II. Principio de respeto de la dignidad de la persona humana

Este principio lo encontramos en el Anteproyecto, en el título I, Sistema de protección

---

(\*) Abogado (Universidad Católica de Cuyo). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Mendoza). Magister en Magistratura y gestión judicial (Universidad de Mendoza) Miembro titular del “Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Región Cuyo” de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Profesor universitario. Secretario de Cámara en el Poder Judicial de la Provincia de San Juan.

del consumidor, capítulo 1, El sistema de protección del consumidor, sección 2ª, Principios, artículo 5º, inc. 7º; en el mismo se establece lo siguiente: “*Principios*. Se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado. El sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales y tiene el objetivo de tutelar al consumidor, rigiéndose por los siguientes principios: ... 7. *Principio de respeto de la dignidad de la persona humana*. Los proveedores, en su actuación en el mercado, deben reconocer y respetar la dignidad de la persona humana conforme a los criterios generales que surgen de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, en el diseño e implementación de políticas públicas, el Estado debe observar el mismo principio...”

En el mismo capítulo 1, sección 4ª, *Deberes*, parágrafo 3º, Deberes de protección y seguridad, artículo 20. Trato digno. “Principio general. Los proveedores deben adecuar sus conductas al principio de respeto de la dignidad de la persona humana. Deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y abstenerse de desplegar conductas que los coloquen en situaciones vergonzantes, vejatorias, intimidatorias o cualquier otra que resulte restrictiva de sus derechos fundamentales”.

### **II.1. Conceptos preliminares de dignidad humana**

Es menester, para una mejor ubicación en el tema, especificar algunos de los conceptos que utilizaremos en el desarrollo del presente trabajo.

Previamente, consideramos necesario resaltar que la dignidad humana es de hecho el único argumento teórico que reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 para fundamentarlos.

El concepto de dignidad humana, tal como se utiliza hoy en día, sostiene Villagran, toma su inspiración en el autor renacentista Pico Della Mirandola y de la Ilustración. Mucho contribuyó a su aclaración el pensamiento de Kant que dice que las personas no pueden ser utilizadas nunca como un medio sino como un fin. A la vez, es necesario reconocer que la dignidad humana es una idea de hondo sentido cristiano. La creación del ser humano por

Dios a su imagen y semejanza y la encarnación de Jesucristo son la muestra más evidente de la idea cristiana de dignidad del hombre. Esta intuición de la Escritura fue desarrollada en toda la escolástica medieval. Más adelante, podemos encontrar una reflexión basada en esta idea en la obra de Bartolomé de las Casas o de Francisco de Vitoria en su defensa de los indios americanos. De hecho, tan cercano es el concepto al pensamiento cristiano y católico, que mucho antes de que la Iglesia acogiera formalmente la idea de unos derechos humanos, en la encíclica social *Rerum Novarum* de 1891 ya se argumentaba en función de esta idea. Así, León XIII en dicha encíclica recuerda a los “patrones y a los ricos” su deber de “no considerar a los obreros como esclavos; [sino] respetar en ellos, como es justo, la dignidad de la persona” (RN, 15)(1).

Ahora sí, para definir al concepto de dignidad, desde el plano filosófico, como lo señalan Arias Cau-Barocelli (2), debemos recurrir a Kant, quien entendió que dignidad implica entender que “hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio” (3).

Por otra parte, siguiendo el pensamiento de Ekmejdjian, podemos afirmar que la dignidad es “el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir como ser humano con todos los atributos de su humanidad” (4).

Si nos remitimos al *Diccionario* de la Real Academia Española (5), en sus primeras acepciones, nos dice que dignidad es “cualidad de

(1) VILLAGRAN, G., *La dignidad humana, puente entre teología y ciencias sociales*, 9 de mayo de 2016, recuperado el 7 de febrero de 2019, de <http://www.loyolaandnews.es/dignidad-humana/>: <http://www.loyolaandnews.es>.

(2) ARIAS CAU, E. J. - BAROCELLI, S., Servicios públicos, trato digno y daños punitivos. Comentario al fallo ‘Bianco, Alicia c/ Telecom SA s/ Demanda Sumarísima’, *Revista Jurídica de Daños*; IJ editores, 2012.

(3) KANT, I. (29 de enero de 1980). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (M. G. Morente, Trad.), 29/1/1980, en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/fundamentacion-de-la-metafisica-de-lascostumbres-->.

(4) EKMEKDEJIAN, Miguel Á., “El valor de la dignidad y la teoría del orden”, en BIDART CAMPOS, Germán J., *Los valores en la Constitución Argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1999.

(5) En <https://del.rae.es/?id=DldD5zV>.

digno”, “excelencia, realce”, y en relación a digno nos dice que proviene del latín *dignus*, que es un adjetivo que significa “merecedor de algo”, “correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo”.

Al respecto, Gherzi (6) sostiene a la dignidad como esencia y sustancia del ser humano. En ese sentido, manifiesta, citando a F. Colom (7), ser persona, según su etimología en latín indica, supone, desempeñar una pluralidad de roles, portar múltiples máscaras; sin embargo, el rol principal está en el restablecimiento de la dignidad, que hace a su reconocimiento como persona, independientemente de su raza, etnia, su condición socioeconómica y cultural etc. Agrega que “Lo digno, como cualidad del ser, es una adjetivación de mérito como condición de su esencia y existencia. Como hemos señalado precedentemente esta primera formulación de la dignidad, como cualidad intrínseca, no está sujeta a debate, aun cuando lo estuvo en el pasado, en tiempos de la esclavitud, etc. sino que es, independiente de cualquier norma positiva”.

Derivada de aquella premisa es el denominado trato de vida digno y el ser tratado con dignidad o dignamente en la vida.

Para este autor, “son dos cuestiones indefectiblemente unidas: la primera es innata al nacimiento del ser humano, ya desde el mismo momento de la concepción (natural o artificial): y lo es en sí misma, no necesita ser demostrada y no puede ser cuestionada, precisamente, hace a la esencia y existencia del ser, la segunda, es consecuencia de la anterior, e implica que por ser digno, como ser humano, debe ser considerado a lo largo de su vida como digno y tratado dignamente” (8).

Desde otra perspectiva, Gabriel Stiglitz y José Sahián (9) sostienen que el concepto de digni-

dad exhibe diferentes facetas, así, puede aparecer como principio axiológico, principio general del derecho, pauta general de hermenéutica o, incluso, como derecho fundamental autónomo; especialmente, se presenta como principio constitucional que, en cuanto integrante del orden público, actúa como límite de la autonomía privada, como se establece en el art. 1004 del Cód. Civ. y Com.: “Objetos prohibidos. No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana [...]”; y, a la vez, como uno de los nuevos cimientos del derecho contractual.

Por otra parte, en un sentido ontológico, señalan estos autores, reviste una arista aún más extensa, instituyéndose como la base de todos los derechos: de los derechos fundamentales y de los demás derechos derivados e, inclusive, como la calidad inherente o intrínseca al hombre y a la mujer, cuyo reconocimiento exige la igualdad entre todos los humanos a través de un análogo reconocimiento de derechos fundamentales inalienables. Desde esta última óptica, la conexión de los distintos derechos subjetivos con la dignidad presenta una entidad variable, en tanto dentro de cada derecho puede haber contenidos más o menos enlazados con la dignidad. Este multifacético carácter —de la dignidad— no es incompatible.

Por otra parte, la Doctrina Social de la Iglesia, poco citada en estos ámbitos del derecho, nos indica que solo el reconocimiento de la dignidad humana hace posible el crecimiento común y personal de todos. Para favorecer un crecimiento semejante es necesario, en particular, apoyar a los últimos, asegurar efectivamente condiciones de igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer, garantizar una igualdad objetiva entre las diversas clases sociales ante la ley (cfr. Pablo VI, Carta ap. *Octogesima adveniens*, 16: AAS 63 [1971] 413). También en las relaciones entre pueblos y Estados, las condiciones de equidad y paridad son el presupuesto para un progreso auténtico de la comunidad internacional (cfr. Juan XXIII,

(6) GHERSI, Carlos A., “La dignidad como principio general del derecho”, *Doctrina Jurídica*, 8/8/2014, La Ley, Buenos Aires.

(7) COLOM, F., *Razones de identidad. Pluralismo cultural e integración política*, Anthopos, Barcelona, 1998, p. 121.

(8) GHERSI, Carlos A., “La dignidad como principio general del derecho”, cit.

(9) STIGLITZ, Gabriel - SAHIÁN, José, “Derecho fundamental a un trato equitativo y digno. Dimensión

constitucional de la tutela frente a prácticas abusivas”, en KRIEGER, W. F., *Prácticas abusivas en el Derecho del Consumidor*, 1ª ed., El Derecho, Buenos Aires, 2018.

Carta enc. *Pacem in terris*, 47-48: AAS 55 [1963] 279-281; Pablo VI, *Discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas* [4 de octubre de 1965], 5: AAS 57 (1965) 881; Juan Pablo II, *Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas* [5 de octubre de 1995], 13, Tipografía Vaticana, p. 16). A la igualdad en el reconocimiento de la dignidad de cada hombre y de cada pueblo, debe corresponder la conciencia de que la dignidad humana solo podrá ser custodiada y promovida de forma comunitaria, por parte de toda la humanidad. Solo con la acción concorde de los hombres y de los pueblos sinceramente interesados en el bien de todos los demás, se puede alcanzar una auténtica fraternidad universal; por el contrario, la permanencia de condiciones de gravísima disparidad y desigualdad empobrece a todos (10).

En la encíclica *Evangelium vitae*, san Juan Pablo II nos enseña que “Al hombre se le ha dado una *altísima dignidad*, que tiene sus raíces en el vínculo íntimo que lo une a su Creador: en el hombre se refleja la realidad misma de Dios. Lo afirma el libro del Génesis en el primer relato de la creación, poniendo al hombre en el vértice de la actividad creadora de Dios, como su culmen, al término de un proceso que va desde el caos informe hasta la criatura más perfecta. Toda la creación está ordenada al hombre y todo se somete a él: ‘Henchid la tierra y sometedla; mandad... en todo animal que serpea sobre la tierra’ (1, 28), ordena Dios al hombre y a la mujer. Un mensaje semejante aparece también en el otro relato de la creación: ‘Tomó, pues, el Señor Dios al hombre y le dejó en el jardín de Edén, para que lo labrase y cuidase’ (Gn 2, 15). Así se reafirma la primacía del hombre sobre las cosas, las cuales están destinadas a él y confiadas a su responsabilidad, mientras que por ningún motivo el hombre puede ser sometido a sus semejantes y reducido al rango de cosa”.

Es necesario resaltar que los hombres de nuestro tiempo se hacen cada vez más conscientes de la dignidad de la persona humana, y aumenta el número de aquellos que exigen que

los hombres en su actuación gocen y usen del propio criterio y libertad responsables, guiados por la conciencia del deber y no movidos por la coacción. Piden igualmente la delimitación jurídica del poder público, para que la amplitud de la justa libertad tanto de la persona como de las asociaciones no se restrinja demasiado (11).

## **II.2. Derecho comparado. Antecedentes normativos nacionales**

En este punto analizaremos la importancia que se le ha dado al concepto dignidad en las constituciones y leyes en el derecho iberoamericano, y luego los antecedentes normativos, constituciones y leyes de nuestro país.

### *II.2.1. Derecho comparado (12)*

Entre los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, señalan Gabriel Stiglitz y José Sahián, diversas normas garantizan, con distinta ramificación, condiciones de trato equitativo y no discriminatorio: el art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); Preámbulo y arts. 1º, 2º y 7º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); arts. 2º y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y arts. 14, 20, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

La garantía de igualdad aparece en numerosos tratados internacionales, entre otros: arts. 1º, 2º, 7º, DUDH; arts. 1º, 6º, 12, CADH; sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación, art. 14, PIDCP, y diversas normas de la Convención Internacional de la discriminación contra la Mujer; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

(10) Véase [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_sp.html#LA%20IGUAL%20DIGNIDAD%20DE%20TODAS%20LAS%20PERSONAS](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html#LA%20IGUAL%20DIGNIDAD%20DE%20TODAS%20LAS%20PERSONAS), visitada el día 6/2/2019.

(11) Véase Sumo Pontífice Pablo VI, *Dignitatis humanae sobre La Libertad Religiosa*, Roma, 7 de diciembre del año 1965.

(12) Véase STIGLITZ, Gabriel - SAHIÁN, José, “Derecho fundamental a un trato equitativo y digno. Dimensión constitucional de la tutela frente a prácticas abusivas”, cit.

Culturales; la Convención Internacional de los Derechos del Niño; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a las Personas con Discapacidad, etcétera.

La dignidad también es objeto de específico tratamiento convencional. Así, el art. 11 de la DUDH establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad. Los arts. 1º y 22 del PIDESC se refieren a la “dignidad inherente a la persona humana”. También mencionan la dignidad el Preámbulo y el art. XXXIII de la DADDH; los arts. 5º y 11 de la CADH; el art. 23 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, etcétera.

Otras tantas disposiciones aseguran condiciones de “vida digna”: el Preámbulo y art. XXIII, DADDH; arts. 1º y 22, DUDH; Preámbulo y art. 13, PIDESC; Preámbulo y art. 10, PIDCP; arts. 5º, 6º y 11, CADH; Preámbulo, y arts. 23, 28, 37, 39 y 40, Convención sobre los Derechos del Niño, y Preámbulo y arts. 1º, 3º, 8º, 15, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el derecho europeo, podemos citar el art. 10.1 de la Constitución española: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Por este artículo, se garantiza la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes devienen en cláusulas de apertura para la recepción de derechos fundamentales no explicitados en la propia Carta Magna, a partir de una interpretación evolutiva. El art. 76 de la Constitución de Polonia de 1997 prohíbe las “prácticas deshonestas en el mercado”. El art. 7º de la Constitución finlandesa (todos tienen derecho a la vida y a la libertad personal, a la integridad física y a la seguridad personal); art. 2º de la Constitución italiana (la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales en las que se desenvuelve su personalidad); art. 2º de la Constitución alemana (todos tienen derecho al libre desarrollo de la propia personalidad); art. 5º de la Constitución griega (todos tienen derecho a desarrollar libremente la pro-

pia personalidad y a participar de la vida social, económica y política del país) (13).

En Latinoamérica, podemos citar las siguientes Constituciones que hacen referencia a la dignidad humana: el art. 33 de la Constitución de Costa Rica, que prohíbe “discriminaciones contrarias a la dignidad humana”, el art. 46 de la Constitución de Costa Rica dispone que los consumidores y usuarios tienen derecho “a la libertad de elección y a un trato equitativo”; en el art. 1º de la Constitución de Perú, según el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; en el art. 6º de la Constitución de Bolivia y en el art. 2º de la Constitución de Puerto Rico, que afirman que la libertad y la dignidad de la persona son inviolables y que es deber primordial del Estado respetarlos y protegerlos; en la Constitución de Brasil, su art. 170 manda: “El orden económico [...] tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios: [...] IV libre competencia; V defensa del consumidor; VI defensa del medio ambiente; VII reducción de las desigualdades regionales y sociales [...]”. En el art. 5º de la Constitución de Nicaragua y en el art. 3º de la Constitución de Venezuela, que ponen la dignidad de la persona humana entre los fundamentos del Estado democrático de Derecho; en la Constitución de Colombia, que introduce, en el art. 1º, la dignidad humana entre los principios fundamentales del Estado y reconoce, en el art. 15, el derecho de toda persona a la propia intimidad personal, familiar y a su buen nombre; en el art. 23 de la Constitución de Ecuador y en el art. 68 de la Constitución de Honduras, que reconocen el derecho fundamental a la integridad personal, prohibiendo todo comportamiento degradante para la persona; en el art. 2º de la Constitución de Guatemala, que garantiza “el desarrollo integral de la persona”; en el art. 1º de la Constitución de México, que prohíbe toda discriminación dirigida a atentar contra la dignidad humana (14).

(13) Véase STIGLITZ, Gabriel - SAHIÁN, José, “Derecho fundamental a un trato equitativo y digno. Dimensión constitucional de la tutela frente a prácticas abusivas”, cit.

(14) Véase STIGLITZ, Gabriel - SAHIÁN, José, “Derecho fundamental a un trato equitativo y digno. Dimensión constitucional de la tutela frente a prácticas abusivas”, cit.

Entre las legislaciones de defensa al consumidor podemos citar el art 14 de la ley 1.334 de Defensa del Consumidor y del Usuario de Paraguay (15); el art 22 de la ley 17.250 de Relaciones de Consumo de Uruguay (16), y el art. 40 de la ley 453/2013 de Bolivia (17).

(15) Dice: “Queda prohibido al proveedor: a) condicionar la adquisición de un producto o servicio a la de otro producto o servicio, excepto cuando por los usos o costumbres o la naturaleza del producto o servicio, éstos sean ofrecidos en conjunto; b) aprovechar la ligereza o ignorancia del consumidor para lograr el consumo de sus productos o servicios; c) hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos establecidos en esta ley; d) dejar de señalar el plazo para el cumplimiento de su obligación, o los plazos respectivos cuando fueren de cumplimiento sucesivo; e) enviar o entregar al consumidor cualquier producto o proveer cualquier servicio que no haya sido previamente solicitado, y f) discriminar al consumidor por razones de sexo, edad, religión, raza o posición económica, en la provisión de un producto o servicio ofertado al público en general”.

(16) “Son consideradas prácticas abusivas, entre otras: Negar la provisión de productos o servicios al consumidor, mientras exista disponibilidad de lo ofrecido según los usos y costumbres y la posibilidad de cumplir el servicio, excepto cuando se haya limitado la oferta y lo haya informado previamente al consumidor, sin perjuicio de la revocación que deberá ser difundida por los mismos medios empleados para hacerla conocer. Hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos. Fijar el plazo, o los plazos para el cumplimiento de las obligaciones de manera manifiestamente desproporcionada en perjuicio del consumidor. Enviar o entregar al consumidor, cualquier producto o proveer cualquier servicio, que no haya sido previamente solicitado. Los servicios prestados o los productos remitidos o entregados al consumidor, en esta hipótesis, no conllevan obligación de pago ni de devolución, equiparándose por lo tanto a las muestras gratis. Se aplicará, en lo que corresponda, lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 16 de la presente ley. Hacer aparecer al consumidor como proponente de la adquisición de bienes o servicios, cuando ello no corresponda. Condicionar el suministro de productos o servicios al suministro de otro producto o servicio, así como a límites cuantitativos, sin justa causa”.

(17) “Los proveedores que ofrezcan productos o servicios deberán cumplir con lo siguiente: a) Promover la educación sobre el consumo responsable y sustentable. b) Obtener las licencias o autorizaciones respectivas para la realización de sus actividades de provisión de productos o el suministro de servicios. c) Brindar atención sin discriminación, con respeto, calidez, cordialidad a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores. d) Suministrar en condiciones de

No podemos dejar de citar la “Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur”, que los presidentes de los cuatro países que originariamente formaban parte del Mercosur acordaron en Florianópolis, el 15 de diciembre de 2000, en la que se expuso que la defensa del consumidor contemplará distintos derechos fundamentales, asumiendo el compromiso de armonizar “progresivamente” las respectivas legislaciones. A los fines que nos ocupa, se resalta, la alusión al novedoso “derecho al equilibrio” (del inc. b)) en las relaciones de consumo, enfatizándose, respecto de este, el debido respeto a la dignidad, lealtad y la buena fe (18).

calidad, igualdad, equidad, accesibilidad y de manera ininterrumpida, de productos o servicios, salvo los casos previstos en la normativa específica. e) Remitir ante la autoridad competente los modelos de contratos de adhesión, para su aprobación. f) Adoptar mecanismos de seguridad apropiados y confiables que garanticen la protección del secreto, confidencialidad e intimidad de la información de las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores, conforme la Constitución Política del Estado, la presente Ley y la normativa específica. g) Habilitar medios e instrumentos adecuados y permanentes para que las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores puedan efectuar sus consultas y reclamaciones, como líneas telefónicas, plataformas de atención al público, puntos de reclamación, entre otros. h) Atender y resolver, de manera eficiente y eficaz, las solicitudes y reclamaciones realizadas por las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores. i) Comunicar e informar con anterioridad sobre la interrupción del servicio, a las autoridades que correspondan y a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores afectados. j) Exhibir certificaciones de habilitación u otros documentos, que acrediten las capacidades u ofertas de servicios especializados. k) Entregar a la usuaria y al usuario, en el caso de servicios, constancia escrita de las condiciones, derechos y obligaciones de ambas partes, copia del contrato suscrito, de los anexos y de toda documentación relacionada. Sin perjuicio de ello, deberán mantener tal información disponible para las usuarias y los usuarios en sus oficinas de atención al público o en otros medios de información adecuados para el efecto. l) Capacitar permanentemente a su personal respecto a la atención de las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores. m) Introducir información de derechos y obligaciones de las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores, en la facturación que se extienda. n) Otras que establezca la normativa específica”.

(18) Véase STIGLITZ, Gabriel - SAHIÁN, José, “Derecho fundamental a un trato equitativo y digno. Dimensión constitucional de la tutela frente a prácticas abusivas”, cit.

### II.2.2. Antecedentes normativos nacionales

Entre los antecedentes nacionales, no podemos dejar de citar el primer párrafo del art. 42 que dice: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

También podemos citar las Constituciones provinciales: Chaco (art. 47), Formosa (art. 74), Neuquén (art. 55), Salta (art. 31) (19).

---

(19) Art. 47, Const. Prov. Chaco: “El Estado Provincial garantiza los derechos del consumidor y del usuario. La ley promoverá la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; una información adecuada y veraz; la libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, la educación para el consumo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, la calidad y eficiencia de los servicios públicos y la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos, los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia provincial y preverá la necesidad de participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, y de los municipios interesados en los órganos de control”.

Art. 74, Const. Prov. Formosa: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia provincial, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control”.

Art. 55, Const. Prov. Neuquén: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada, veraz, transparente y oportuna; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades garantizan la protección de esos derechos y promueven la educación para su ejercicio, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, el de la calidad y eficiencia

Originariamente la prerrogativa (trato equitativo y digno) no se encontraba explícitamente reglamentada en la ley 24.240 (o LDC), sino que se incorporó posteriormente en el art. 8° bis, con la reforma introducida por ley 26.361. El art. 8° bis prescribe: “Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin per-

---

de los servicios públicos garantizando el derecho a la uniformidad, universalidad, y a tarifas razonables en su prestación, a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. Ejercen el poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Provincia”.

Art. 31, Const. Prov. Salta: “Derechos de los consumidores y usuarios. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades aseguran la protección de esos derechos, la educación para el consumo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, la calidad y eficiencia de los servicios públicos y la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. La legislación regula la publicidad para evitar inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación y establece sanciones contra los mensajes que distorsionen la voluntad de compra del consumidor mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. La legislación establece procedimientos eficaces y expeditos para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia provincial, previendo la necesaria participación de los consumidores, usuarios, asociaciones que los representen y municipios, en los órganos de control”.

juicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor”.

Tal vez hubiera sido más conveniente, como sostienen Stiglitz y José Sahián, integrar la norma con una enumeración enunciativa de prácticas comerciales prohibidas, como se ha estipulado en diversas legislaciones de la región: arts. 39 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil: “Están prohibidas las siguientes prácticas abusivas: Condicionar la provisión de un producto o servicio a la provisión de otro producto o servicio. Negarse injustificadamente a atender reclamos de los consumidores. Enviar o entregar al consumidor, sin que haya sido previamente solicitado, cualquier producto o prestar cualquier servicio. Aprovecharse de la ligereza o ignorancia del consumidor, teniendo en cuenta su edad, salud, conocimiento o condición social, para imponerle sus productos o servicios. Exigir al consumidor ventajas manifiestamente excesivas. Ejecutar servicios sin la previa confección de presupuesto y autorización expresa del consumidor, excepto las resultantes de prácticas anteriores entre las partes. Difundir información despreciativa relativa a un acto practicado por el consumidor en el ejercicio de sus derechos. Colocar en el mercado cualquier producto o servicio violatorios de las normas de organismos oficiales. Negar la venta de bienes o la prestación de servicios a quien se disponga a adquirirlos mediante pago de contado. Elevar sin justa causa los precios de los productos y servicios. Aplicar un índice de reajuste diverso del legal o contractualmente establecido. Dejar sin estipular el plazo de cumplimiento de sus obligaciones o dejar la fijación de su término a su exclusiva voluntad” (20).

### II.2.3. El nuevo Código Civil y Comercial

Como bien lo señala el tucumano Chamatropulos, todo lo relativo al trato digno y equitativo ha sido incluido en el Código Civil y Comercial (arts. 1096 a 1099) al regularse las “Prácticas abusivas” en las cuales es muy importante destacar, que el sujeto protegido es también el *bys-*

(20) Véase STIGLITZ, Gabriel - SAHIÁN, José, “Derecho fundamental a un trato equitativo y digno. Dimensión constitucional de la tutela frente a prácticas abusivas”, cit.

*tander* (noción no incluida en el concepto del consumidor de los arts. 1º, LDC y 1092 de dicho Código.). Esto porque dichos preceptos permiten su invocación a las “personas expuestas a las prácticas comerciales” sean determinables o no (21).

A los fines didácticos, señala este autor, que el Código Civil y Comercial resalta la diferencia entre el trato digno y el equitativo y no discriminatorio. Respecto del primero, trato digno, preceptúa en el art. 1097 que “los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. *La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos.* Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”.

Respecto del segundo, no discriminatorio, el art. 1098, establece: “Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores”.

Por ello, la propuesta del anteproyecto que comentamos ha partido del texto vigente, en cuya tradición se inscribe y rescata la experiencia de su aplicación y funcionamiento, y guarda estrecha relación y armonía con el núcleo de normas tuitivas de los consumidores existentes en los arts. 1092 a 1122 del Cód. Civ. y Com., y las restantes que de manera particular regulan aspectos específicos de las relaciones de consumo en el articulado de dicho cuerpo legal; todo ello a la luz de los principios emergentes de la Constitución Nacional (22).

### II.3. Contenido

En cuanto a su contenido, señalan Arias Cau y Barocelli, abarca tanto a las condiciones de

(21) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2016, vol. I, p. 350.

(22) Véase mensaje de presentación del Anteproyecto ante el Ministro de Justicia por la Comisión Reformadora.



atención, como el trato dispensado a los consumidores y usuarios en todas etapas de la relación de consumo, ya sea en el precontractual, por ejemplo, tratativas previas, oferta, publicidad, prácticas comerciales en general, etc., durante la vigencia del vínculo contractual o de consumo no contractual y en la etapa poscontractual, como, por ejemplo, el ejercicio de garantías legales, servicio técnico y repuestos, responsabilidad por vicios redhibitorios, etc. El derecho a condiciones de atención y trato digno y equitativo constituye una garantía de los proveedores, quienes deberán responder ante su incumplimiento, por sus acciones u omisiones, como las de sus dependientes, sujetos vinculados o por cuestiones vinculadas a los productos o servicios que provean, de manera objetiva y solidaria. Un ejemplo de incumplimiento a este derecho lo constituyen la demora excesiva, el mal trato y la falta de colaboración de los dependientes de una empresa para con el consumidor ante consultas o reclamos (23).

Un ejemplo de laboratorio de infracción a este principio sería el de las interminables colas que soportan los jubilados para el cobro de sus jubilaciones, sin embargo, nos atrevemos a asegurar que esto mismo se repite mes a mes y a lo largo y ancho del país, cualquiera que sea la condición climática que deban soportar esas personas. Personas que, curiosamente, deberían ser las más merecedoras de tutela, pues como lo ha señalado la CSJN, en reiteradas oportunidades, pertenecen a un grupo postergado o débilmente protegido. Pero curiosamente ninguno de los que cuenta con amplia legitimación según la LDC vigente actúa en defensa de estos ciudadanos (24).

Por su parte, Lorenzetti considera que “el término trato se refiere a comportamientos vinculados a la relación jurídica, pero no tienen su fuente en ella, porque no son derechos subjetivos ni deberes colaterales causados por ese vínculo bilateral. El trato se refiere a las tratativas previas a la constitución del vínculo, a

los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación y a las conductas poscontractuales” (25).

Estamos de acuerdo con lo expuesto en la primera parte, mas no con la limitación temporal que parece surgir de la segunda parte. Es decir, siguiendo el criterio de Vázquez Ferreyra, el trato no solo va referido a las tratativas previas o a las conductas poscontractuales, sino a toda la vida de la relación de consumo, aun antes de que esta haya nacido, durante su curso, y una vez finalizada (26).

A modo de ejemplo, podemos mencionar algunas conductas violatorias del principio de trato digno que estamos comentando, consagrado en el art. 8° bis, LDC.

a. Aquellas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias, o la utilización en los reclamos extrajudiciales de deuda de medios que otorguen la apariencia de un reclamo judicial, tal como lo hacen muchas empresas o estudios de “recupero de mora”.

b. Consumidores que en locales comerciales son expuestos a un control abusivo invocando razones de vigilancia.

c. Exceso en trámites burocráticos.

d. Largos colas para acceder a un servicio.

e. Imposibilidad de acceder a una persona con cierto nivel de responsabilidad en una empresa para poder formular un reclamo.

f. No se obtienen respuestas positivas o no se solucionan los reclamos pese al tiempo transcurrido y la repetición de los mismos.

g. Falta de respuesta a un requerimiento instrumentado en presentación escrita o por carta documento u otro medio fehaciente.

h. Atención en locales inadecuados, ya sea por infraestructura o condiciones de higiene.

(23) ARIAS CAU, E. J. - BAROCELLI, S., Servicios públicos, trato digno y daños punitivos. Comentario al fallo “Bianco, Alicia c. Telecom SA s/demanda sumarísima”, cit.

(24) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “El trato digno en la ley de defensa del consumidor”, *Diario Judicial* del 4/9/2012.

(25) LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 149.

(26) Véase VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “El trato digno en la ley de defensa del consumidor”, cit.

i. La mala atención y el mal trato en general.

j. Llamadas a un servicio del 0800 y que lo vayan derivando de un empleado a otro durante extensos minutos sin que ninguno le pueda dar una respuesta satisfactoria (27).

#### II.4. *Jurisprudencia*

Citaremos algunos casos jurisprudenciales relacionados con el respeto de la dignidad humana.

“La dignidad (es la) fuente de la cual derivan todos los derechos (y) está consagrada como un principio y un derecho fundamental en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (CS Tucumán, del 27/9/2013, “Piedrabuena, Ernesto c. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/amparo”, sentencia 741).

### III. Principio antidiscriminatorio

Este principio lo encontramos en el Anteproyecto, en el título I, Sistema de protección del consumidor, capítulo 1, El sistema de protección del consumidor, sección 2ª, Principios, artículo 5º, inc. 10, donde se establece: “El sistema de protección del consumidor implementa las acciones conducentes con el objetivo que en el mercado no existan actos, omisiones o situaciones discriminatorias. Se consideran especialmente comprendidas en esta prohibición las fundadas en razones de identidad, género, raza, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, nacionalidad, edad, condición social o caracteres físicos de la persona humana.”

En el mismo capítulo 1, sección 4ª, Deberes, parágrafo 3º, Deberes de protección y seguridad, artículo 21, Trato equitativo y no discriminatorio. “Principio general. Los proveedores deben ofrecer y dispensar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, ni incurrir en conductas u omisiones que distingan, excluyan, restrinjan o menoscaben de manera arbitraria a los consumidores por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, condición física, psicofí-

sica o socio-económica, nacionalidad, o cualquiera otra que violente el principio de respeto de la dignidad de la persona humana”.

#### III.1. *¿Qué es discriminar?*

Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, discriminar proviene del latín, *discrimināre*, indicando que posee dos acepciones: 1) Seleccionar excluyendo. 2) Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental (28).

Conforme a las acepciones indicadas en el párrafo anterior, se interpreta que existen dos consecuencias en torno al término discriminar, una positiva y otra negativa. La positiva implica separar o seleccionar excluyendo, por ejemplo, cuando en un contrato de compraventa se compran manzanas y no naranjas. La negativa, en cambio, es aquella en la cual se utiliza la separación o diferenciación de manera peyorativa brindando un trato de inferioridad y por motivos raciales, religiosos, políticos. Es decir, se trata de una discriminación prejuiciosa que diferencia categorías en datos inadecuados (29).

En un mismo sentido, Tambussi sostiene que el término discriminación tiene una acepción o un significado neutro que alude *prima facie* a categorizar, distinguir o referenciar, por ejemplo “presupuesto discriminado”, sobre el que no caben *per se* consideraciones negativas. La discriminación en sentido despectivo y contrario a los derechos humanos consiste en hacer la distinción sobre la base de criterios arbitrarios que impliquen un trato de inferioridad (30).

Por otra parte, La Rosa, en un destacado trabajo, sostiene que la palabra castellana “discriminación” proviene directamente de la locución latina “*discriminare*”, formada por el prefijo “dis”, que remite a la noción de separar o poner

(28) En <https://dle.rae.es/?id=DtHwzw2>.

(29) Véase LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Comentario al art. 1098”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial. Tratado exegetico*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015, vol. V, p. 833.

(30) TAMBUSI, Carlos E., “El principio de no discriminación”, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, vol. II, ps. 964-967.

(27) *Ibidem*.

aparte, y la locución “crimen”, que connota la noción de juicio. De este modo, “*discriminare*” significa el juicio que separa, distingue o dis-cierne. Pero las dificultades en su definición provinieron de una progresiva carga emocional negativa al tiempo que su uso se fue generalizando, adquiriendo en consecuencia una vaguedad e indeterminación que, precisamente, atenta contra los fines con que puede ser interpretada una norma como la aquí tratada. Como antecedente de este concepto podemos remitirnos a la “acepción de personas”, según la cual comete grave falta moral quien al adjudicar a otros lo que se les debe según la justicia distributiva se deja llevar por consideraciones (basadas en alguna condición de la persona) ajenas al título que debe ser tenido en cuenta en ese caso concreto (Tomás de Aquino la define cuando “no se concede a alguien algo por una causa que lo haga merecedor, sino que pura y simplemente se le atribuye a la persona”; es decir, que se otorga o quita algo a alguien no en virtud de un título jurídico sino solo por tratarse de un individuo que presenta un carácter distintivo y que deriva de su personalidad) (31).

### III.2. Antecedentes normativos

En los tratados internacionales, el principio de igualdad y no discriminación es la idea rectora, recibiendo contemplación expresa en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1º, 2º y 7º) (32), en el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos (art. 14) (33). La Convención Americana de Derechos Humanos contiene el principio de no discriminación en su art. 1º, que establece: “Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra plasmado en el Preámbulo de la Constitución Nacional y en sus arts. 16 y 20 (34).

A nivel legislativo, en 1988 se sancionó la ley 23.592 sobre actos discriminatorios (modificada ulteriormente por las leyes 24.782 y 25.608). Kermelmajer de Carlucci enseña que la fórmula amplia del art. 1º de esa ley habilita subsumir a las relaciones del consumo en el ámbito de aplicación de dicha norma. Este artículo castiga los actos discriminatorios desde su categorización como ilícito civil y luego de referirse a las conductas discriminatorias en forma genérica establece que “A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, po-

(31) LA ROSA, M. R., “Breve análisis de la Ley de Represión de Actos Discriminatorios”, JA, 26/6/2006, p. 866.

(32) Art. 1º: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Art. 2º: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Art. 7º: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación

que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

(33) Art. 14: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia...”.

(34) Art. 16. “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Art. 20. “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”.

sición económica, condición social o caracteres físicos”, disponiendo el cese y la reparación moral o material de las consecuencias del acto u omisión discriminatorio (35).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece en su artículo 1098: “Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores”.

### III.3. *Prácticas discriminatorias*

Las habituales prácticas discriminatorias en materia de consumo se pueden considerar las formas más perversas de actuación de las empresas, toda vez que no están escritas en los contratos y resultan de la práctica o de premeditadas políticas de marketing, aspecto que nos remite una vez más a la protección de derechos humanos elementales y resulta más evidente en los casos de los consumidores más débiles por sus condiciones objetivas frente a la relación de consumo, por su vulnerabilidad mayor, como pueden ser las personas con capacidades diferentes, niños, ancianos, analfabetos, etcétera (36).

Los casos de discriminación arbitraria manifiesta, sostiene Chamatropulos, resultan fáciles de distinguir en la práctica, ello no siempre es así, pues a veces intervienen otras cuestiones que tornan difícil concluir si existe o no efectivamente un acto discriminatorio.

En ese sentido, este autor cita un interesante precedente jurisprudencial extranjero (37) que permite analizar la tensión constante entre evitar las conductas discriminatorias sin descuidar el deber de “preservar la seguridad”, lo cual no es fácil de compatibilizar. Este caso trató la situación de los “pasajeros disruptivos” en las líneas aéreas, es decir, aquellos que exhiben conductas alteradas, violentas o revoltosas que interfieren en las obligaciones y funciones de la tripu-

lación, y perturban la tranquilidad de los otros pasajeros. En este supuesto concreto, la persona figuraba en la lista de pasajeros disruptivos por un incidente en el cual intentó detener la partida de un vuelo que debía abordar con su esposo aduciendo, falsamente y a los gritos en el *hall* de la aerostación, que en el avión había una bomba dentro de su equipaje. La pasajera finalmente fue indemnizada y se ordenó a la demandada sacar a la persona de esa lista. Los jueces chilenos repararon en el hecho de haberse esperado el embarque para recién allí negar el cumplimiento del contrato de transporte aéreo, además de señalarse que aquel incidente no terminó en condena alguna para la pasajera. Además de ello, se resaltó la inexistencia de un registro oficial que habilite a generar listas de personas no embarcables. ¿Es un caso de discriminación?

Situaciones como la narrada son complejas, sostiene Chamatropulos, pues podría suceder que el proveedor, en el afán de evitar llevar adelante conductas discriminatorias, termine siendo responsable por omisión en el cumplimiento del deber de seguridad si la persona sobre la cual no se ejerció el derecho de admisión causa luego graves daños. Sería el ejemplo clásico de los “barrabravas” en los estadios. Téngase en cuenta que muchas veces estas personas están siendo investigadas y no se encuentran todavía condenadas por algún delito relacionado con la violencia en el fútbol. Por esta razón, desde la perspectiva constitucional, podrían existir argumentos para decir que es arbitrario negarles el acceso a la cancha. Al mismo tiempo, si se los deja ingresar y luego cometen desmanes, también se podría sostener que los organizadores del espectáculo deportivo y quienes deben velar por su seguridad han facilitado con su actitud permisiva los daños producidos dentro del estadio siendo, en consecuencia, responsables ante los eventuales damnificados (38).

### III.4. *Jurisprudencia*

Existe un sinnúmero de fallos que han tratado la conducta discriminatoria, por razones de extensión solo citaremos algunos de ellos.

(35) Véase Tambussi, Carlos E., “El principio de no discriminación”, cit.

(36) *Ibidem*.

(37) Corte Apel. Santiago (Chile), sala 2ª, 18/12/2013, “I.M.R.C. c. Aerolíneas Argentina SA”, LL 2014-B-178.

(38) Véase CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit.

El más paradigmático, y de cita obligada, es “Machinandiarena”, por el que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires confirmó el fallo de la sala II de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, que hizo lugar a la demanda promovida por el actor contra una empresa telefónica por no contar, en uno de sus locales, con rampa de acceso para personas con discapacidad motriz, viéndose el usuario imposibilitado de ingresar al interior del local para hacer un reclamo, siendo de esta manera discriminado (por omisión) por el proveedor (SC Buenos Aires, 6/11/2012, “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina SA s/reclamo de actos de particulares”).

En otro fallo, se sostuvo que “[...] importa un acto discriminatorio la negativa de la empresa de transporte demandada a otorgarle el beneficio de gratuidad para el transporte terrestre que le correspondía al hijo menor de los reclamantes en su carácter de discapacitado, conforme Ley N° 22.431, modificatorias y decretos reglamentarios” y que “la actitud que asumió la empresa de transportes demandada al denegarle un pasaje (gratuito) a una persona discapacitada, demostró la falta de interés y preocupación en el cumplimiento de lo normado por la Ley N° 25.635, menoscabando el Derecho del Consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8° bis de la Ley de Defensa del Consumidor” (CNCiv., sala K, 8/10/2015, “A., J. J. c. Empresa General Urquiza SRL s/daños y perjuicios”).

En otro caso, se condenó a un hotel alojamiento, en razón de haberse visto el actor agraviado y discriminado frente a la negatoria de poder ingresar al establecimiento a causa de ser acompañado por su pareja del mismo sexo. Se juzgó lo siguiente: “La ‘prohibición de discriminar’ constituye un límite a la ‘libertad de contratar’, lo que obliga a utilizar un criterio neutro predicable por igual para las parejas heterosexuales u homosexuales —en el caso de las discriminaciones directas—, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo” (CNCiv., sala H, 16/12/2016, “P. D. N. c. General Paz Hotel SA s/daños y perjuicios”). En un caso idéntico, la Corte inglesa comenzó preguntándose: “¿Es contrario a la ley que el

propietario de un hotel, que practica la religión cristiana y cree sinceramente que las relaciones sexuales fuera de matrimonio son un pecado, rechace cumplir un contrato, celebrado por internet, y rehúse albergar a una pareja del mismo sexo en una habitación matrimonial?”. Concluyó que era ilegal la conducta del propietario, pues si presta un servicio al público no puede hacer predominar sus propias pautas religiosas (SC Reino Unido, sentencia del 27/11/2013, “Bull and another —Appellants— v. Hall and another”) (39).

Se juzgó: “Es discriminatorio y da lugar a resarcimiento el hecho de obstaculizar a una familia el acceso a un supermercado, siendo éste un lugar abierto al público en general, lo que hace presumir que la prohibición de ingreso se debió a su condición social humilde y a sus rasgos étnicos, máxime cuando el demandado no dio explicaciones que pudieran tornar legítima o razonable la medida” (CCiv. y Com. Córdoba, sala III, 20/11/2008, “Pereyra, Gerardo Pedro y otro c. Carrefour Argentina SA y otros”). Aquí no está de más tener presente el tristemente célebre caso de la Corte de los EE.UU., “Plessy v. Ferguson” (163 US 537 —1896—), que finiquitó con la “legitimidad” del contrato de transporte que se “cumplía” separando personas de raza negra y blanca, con la justificación separados, pero iguales, porque el servicio también se prestaba a las personas de raza negra (40).

En la provincia de Mendoza, los padres de un menor interpusieron demanda de daños contra el establecimiento educativo al que asistía por considerar que este actuó de forma discriminatoria a causa de ciertas medidas que tomó el colegio luego de reincorporar al menor tras haberlo suspendido y prohibirle su reinscripción al siguiente ciclo lectivo. El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente al reclamo. Dicho pronunciamiento fue recurrido por el demandado. La Cámara hizo lugar al recurso y revocó el decisorio de grado, rechazando la demanda interpuesta por los progenitores de un adolescente que padecía una perturbación psíquica (síndrome de Asperger) contra el estable-

(39) Véase STIGLITZ, Gabriel - SAHIÁN, José, “Derecho fundamental a un trato equitativo y digno. Dimensión constitucional de la tutela frente a prácticas abusivas”, cit.

(40) *Ibidem*.

cimiento educativo que no renovó el contrato para el ciclo lectivo siguiente, porque la conducta asumida por la demandada no aparecía discriminatoria, toda vez que existían motivos serios para actuar así desde que i) al momento de inscribirlo, los padres ocultaron la enfermedad psiquiátrica que padecía; ii) frente a hechos graves ocurridos durante el curso del año escolar (acoso a una compañera, amenazas de suicidio, etc.) demostraron una total falta de colaboración; iii) el establecimiento permitió al adolescente seguir en las clases de apoyo y rendir los exámenes pendientes. La Suprema Corte de Justicia hizo lugar al recurso extraordinario de inconstitucionalidad del actor y admitió la demanda (SC Mendoza, sala I, 5/12/2008, “Romboli, Mónica G. y ot. p/su hijo menor c. Colegio Instituto San Buenaventura”).

#### IV. Reflexiones finales

Desde ya pedimos disculpas a nuestros lectores por no haber podido tratar acabadamente los dos principios que nos han encomendado comentar, sobre todo nos queda esa sensación luego de haber leído numerosas publicaciones, aparte de las citadas, que han desarrollado acabadamente el respeto a la dignidad humana y las conductas discriminatorias.

Confesamos que en el transcurrir de los días, al realizar el presente trabajo, nos daba una sensación de impotencia al leer los distintos casos en que se han vulnerado estos dos principios. Nos resonaba constantemente la poesía de nuestro folclore nacional, “La pucha con el

hombre” (41), que en una de sus estrofas dice: “*Sólo se diferencia del reino animal porque es el hombre el único capaz de odiar pero mientras el hombre se asombre, lllore y ría será la fantasía que Dios creó*”. Y en otra: “*La pucha con el hombre querer ser tantas cosas y nunca es más cuanto tan solo es él*”.

Ante la violación reiterada de estos principios no nos queda otra que decir, “la pucha con el hombre”.

Nuevamente, agradecemos la invitación a participar en este proyecto que para nosotros ha sido muy enriquecedor. Esperamos no haberlos aburrido a quienes han dedicado parte de su tiempo a leernos.

Dios los bendiga.

---

(41) “El hombre nace y muere a veces sin vivir/ camina desde el niño al viejo sin gozar/ eso que él mismo le llama felicidad/ y si la tiene aquí la va a buscar allá.// Tropieza tantas veces en una misma piedra/ frutas que llegan pasas sin madurar.// Si tiene tira o quiere tener mucho más./ Es un misterio y el de la vida al azar/ tiene alma de guitarra encordada de estrellas/ y es una falta envidia su corazón.// Sólo se diferencia del reino animal/ porque es el hombre el único capaz de odiar/ pero mientras el hombre se asombre, lllore y ría/ será la fantasía que Dios creó.// Es una lágrima de niño y de crepín/ es monte denso, copla, vida y manantial/ y es muy capaz de dar la vida o de matar/ es luz y sombra, tierra arada y arenal./ La pucha con el hombre querer ser tantas cosas y nunca es más cuanto tan sólo es él. Es un camino que anda solo bajo el sol sendero trajinado de sueños y amor tiene alma de guitarra encordada de estrella y es una falta envidia su corazón” (Pablo Raúl Trullenque [letra]; Carlos Carabajal [música]).

# Prevención de riesgos y precaución en el Anteproyecto de Reforma de Ley de Defensa del Consumidor

---

ADRIANA BESTANI (\*)

## I. Introducción

Beneplácito. Entusiasmo. De entre todas las emociones que me generó la invitación a escribir sobre los incisos 8° y 9° del art. 5° del Anteproyecto de reforma de ley de defensa del consumidor, bien podrían ser las dos que, corriendo paralelas en intensidad, quisiera destacar. El primero, por la satisfacción y el deleite que suponen esta propuesta de sistematización legal de los derechos y esta ampliación de la extensión de la protección de los consumidores que se vuelve, sin duda, mucho más honda al plasmar explícitamente los principios que “rigen” (art. 5°) el régimen. El segundo porque, si ya en 2004, con agudeza de visión, los Dres. Trigo Represas y López Mesa (1) decían que “El Derecho del consumidor es fundamentalmente preventivo (y hasta precautorio), a la vista de ciertas características del mercado: la velocidad de las transformaciones; la aparición diaria de nuevas y más complejas modalidades de negocios y tecnologías; la vulnerabilidad del consumidor...”, lo cierto es que han debido pasar muchos años para que el principio precautorio (en

adelante PP) sea objeto de algún análisis en este derecho y, ¡helo aquí!, proyectado ya en ley.

Si bien el principio y la función preventiva en el derecho del consumidor se han desarrollado mucho por obra de doctrina y jurisprudencia, no ha sucedido lo mismo con el principio y la función precautoria. Se trata entonces de un apasionante desafío interpretar el inciso 9° del art. 5° y proyectar sus posibles efectos en el estatuto consumerista, lo que intentaré efectuar.

Objetivo del presente trabajo será entonces, abreviar en la regulación expresa de los principios de prevención (en adelante PPrev) y PP (incs. 8° y 9° respectivamente del art. 5°); analizar la forma en que están regulados y sus posibles relaciones con el resto del articulado y proyectar lo que estos dispositivos puedan significar, tanto de modo general como en su aplicación concreta. Manos a la obra.

## II. La norma del art. 5°. Primera parte

**II.1.** Coherente con la (re)sistematización que busca, el Anteproyecto trata, en uno de sus primeros artículos, los *principios* que rigen el estatuto del consumidor. No podía ser de otra manera, ya que ellos son elementos estructurales y centrales del microsistema.

En efecto, el art. 5° inaugura la sección 2ª titulada “Principios”, situada esta en el título I, capítulo I: “El sistema de protección del consumidor”.

La prevención y la precaución se revisten así con suntuoso ropaje: el de “principios jurídicos”,

---

(\*) Abogada (UNT). Doctora en Derecho (UNT). Relatora de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Especialista en Derecho Procesal (UB). Autora (Premio *Accésit* —Academia Nac. de Derecho y Cs. Sociales de Bs. As, 2013—). Coautora. Investigadora (UNT —proyectos de orden nacional e internacional—). Docente de Posgrado (UNT-UBA-Escuela Judicial CAM, Tucumán). Mediadora (s/registro). Miembro de entidades académicas y editorial.

(1) TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, ps.524 y 531.

los que, además, reconocen raigambre constitucional (arts. 41, 42, 43, CN).

Excederían las líneas de este comentario mencionar la importancia que revisten los principios frente a las complejidades, las incertidumbres y la aceleración de los tiempos, propias de la globalización y de los avances tecnológicos que caracterizan este siglo. Solo diremos aquí que aquellos ofrecen flexibilización y apertura en las respuestas jurídicas a las nóveles situaciones que presenta la realidad actual, siempre cambiante, y preservan al sistema protectorio de problemáticas vacancias. Específicamente, en cuanto a los de prevención y precaución, ellos responden a una causa—fin constitucional (artículos citados, CN) que, a estas alturas de los tiempos (pos)modernos, no puede ya soslayarse si se quiere brindar adecuada tutela al consumidor y a los ciudadanos en general. Es que ya es lugar común la existencia de peligros inciertos que, emergentes del desarrollo tecnológico de los siglos XX y XXI, planean oscuros y amenazantes sobre la seguridad, salud, vida e integridad física de la persona. Ellos tornan insuficientes los esquemas y mecanismos del resarcimiento, pero también los de la mera prevención que refiere a lo cierto y previsible. De allí que, nos parece, la racionalidad preventiva solo puede pensarse completa en su unión con la racionalidad precautoria a fin de que cubrir los citados supuestos, en protección cabal y especial de esos derechos fundamentales. Se ha dicho así que “La transición del paradigma de la reparación para la prevención todavía se muestra insuficiente. Es necesario, entonces, entrar en un estadio de mayor sofisticación (y efectividad), pasar a la actuación de precaución” (2).

Más allá de su paraguas constitucional, los derechos a la seguridad, salud e integridad física están actualmente protegidos en forma especial por los arts. 4º, 5º, 6º, 40 de la LDC. Por obra de esta ley el deber de seguridad se constituye en una “obligación de carácter principal y autónoma, una obligación central de seguridad real y concreta, y es un derecho de los consumi-

dores y usuarios que trasciende la mera expectativa objetivamente generada” (3).

Con el Anteproyecto, al sistematizarse estos dos principios, esa protección adquiere un nivel aún más alto y más adecuado a la manda constitucional.

**II.2.** El Anteproyecto explicita en su art. 5º que “El sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales...” y luego regula, como queda dicho, ambos principios.

Si, como menciona la nota de elevación del Anteproyecto, se ha optado por realizar una *reforma integral de la LDC* debido, entre otras múltiples razones, a “el impacto de las nuevas tecnologías”, “la cada vez mayor tutela de los derechos de los consumidores a nivel nacional”; si se consideran sus Fundamentos (que expresan que para la redacción de la ley proyectada se ha contemplado, entre otros, la CN, los Tratados Internacionales de DD.HH. y el Cód. Civ. y Com., “a fin de dotarla de una parte general que se articule con las relaciones particulares de consumo... en clave multidisciplinar, con el propósito de brindarle *herramientas para los desafíos del presente y del futuro, tales como... la dimensión preventiva y colectiva...*” —la bastardilla es nuestra—) y si, por último, se advierte su “estrecha relación y armonía con el núcleo de normas tuitivas de los consumidores” existentes en el Cód. Civ. y Com. (en donde se ha legislado la función y acción preventivas de la responsabilidad civil), no podría entonces el Anteproyecto no contener, como efectivamente hace, estos dos principios caros a la protección de los consumidores.

### III. El inciso 8º del art. 5º: Principio de prevención

**III.1.** *El principio-deber de prevención* adquiere presencia en el derecho argentino a partir del precedente jurisprudencial “Santa Coloma” del año 1986. La Corte ha reconocido que este principio tiene raíz constitucional (art. 19, CN) y que no se arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado sino que ex-

(2) CAFFERATTA, Néstor, “Teoría general de la responsabilidad civil ambiental”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Derecho ambiental y daño*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

(3) LOVECE, Graciela, “La seguridad en las relaciones de consumo”, LL 2016-D-549.



presa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica abarcando no solo la persona privada sino que se proyecta también frente al Estado... y constituye una derivación natural de los derechos y garantías establecidos constitucionalmente, incluido el deber de mitigación del daño, obligación reconocida invariablemente tanto en nuestro Derecho como en materia de responsabilidad internacional de los Estados (4).

Por su parte, los autores extraían el PPrev implícitamente de la CN, arts. 14 y ss., 28 y 33, y con la reforma, se interpretó que la norma del art. 43 había dado a esta prevención de daños en relación a los derechos de incidencia colectiva, rango constitucional (5).

**III.2.** La *prevención* opera en relación directa con la *seguridad*. La seguridad conforma un principio general del derecho que protege todas las relaciones jurídicas. Su fundamento se encuentra en normas constitucionales (arts. 19, 41, 42, 43, y 75, inc. 22), así como en la solidaridad social y en el principio de buena fe. Ella se inscribe dentro de los horizontes preventivos del moderno derecho de daños (6).

Existe entonces un “derecho a la seguridad, que protege la vida y la salud de las personas muy especialmente en la relación de consumo, conforme a doctrina de la Corte nacional”, al que le corresponde un “deber general de diligencia que pesa sobre todo ciudadano como contrapartida”; deber este que es “fundamento de la responsabilidad civil preventiva” (7).

El Anteproyecto sitúa el derecho a la seguridad en el marco de la relación de consumo y más allá de las fronteras del contrato de con-

sumo como viene haciendo la aplicación jurisprudencial profusa sobre la materia y postulando la doctrina. Aquí las fuentes más directas son el Código brasileño (arts. 8º y 11) y la directiva 2001/95 CE del Parlamento europeo relativa a la seguridad general de los productos.

**III.3.** *El texto del inciso 8º.* Una primera observación: Existe una diferencia de redacción entre los incisos 8º y 9º que, a nuestro juicio, no encontraría justificación. Se trata del verbo “deber”. En este inciso 8º (sobre el PPrev) está ausente. Se dice aquí que Estado y proveedores “actúan preventivamente”. En el inciso siguiente (sobre el PP), que “deben actuar precautoria-mente”. Entendemos que, tratándose de la función prescriptiva de la norma, la segunda es mejor opción de redacción.

**III.4.** Como quiera que sea, no puede negarse que el inciso 8º pone en cabeza tanto del Estado como de los proveedores el “deber” de actuar preventivamente. Ello va de la mano con la función preventiva reconocida en el Cód. Civ. y Com. y con la acción preventiva que accede a ella (arts. 1708 y ss.).

En efecto, la *función preventiva* ha ido tomando cada vez más lugar en el campo jurídico. Natural en el derecho penal, administrativo y ambiental, en el civil pasó desde su negación con Vélez Sarsfield (v.gr.: art. 1132, Cód. Civil) hasta llegar al Cód. Civ. y Com. que le da andamiaje sistémico y legal y aplicación cierta. El Anteproyecto, en sede del consumidor, completa ahora este panorama.

El *deber general de prevención* podría traducirse de la siguiente manera: “Quien no hace lo que está a su alcance para evitar el daño o reducir sus consecuencias, carga con la responsabilidad por los perjuicios que se hallen en relación causal adecuada con su conducta” (8). “Los autores justifican el deber de prevenir en diversos principios o reglas generales. El principal es la interpretación del *alterum non laedere* (ver *infra* IV, 3). Tampoco son ajenos la *buena fe* y *solidaridad*, en franca y sostenida expansión, tanto que se habla de *una segunda vida de la buena fe*... La regla de la legítima defensa juega

(4) TAWIL, Guido, “Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño”, LL 2015-F-482, y TRIGO REPRESAS, Félix A., “La antijuridicidad en el Código Civil veleziano y en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCyS 2016-IV-15.

(5) SEGUÍ, Adela, “La prevención de los daños en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, JA 2012-IV, fascículo nro. 13, 26/12/2013, ps. 11 y ss.

(6) XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2005, Comisión 2 “La obligación de seguridad en el derecho de daños”.

(7) GALDÓS, Jorge M., “Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales”, LL 2017-E-1142, RCyS 2019-I-3.

(8) TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit, t. I, p. 132,

también su rol... El deber de mitigar el daño ya producido se vincula, según algunos autores, a la *culpa*... El *análisis económico* del derecho también ha hecho su aporte..." (9). Se advierte la identidad de fundamentos con la seguridad, con la que está estrechamente relacionado (III.2 *supra*).

**III.5.** Se necesita para el nacimiento de este deber de actuar preventivamente, que "exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de bienes o servicios que afectan la salud o la seguridad de los consumidores" (*sic*, inc. 8°).

Ahora bien, otra precisión gramatical que a nuestro criterio debería hacerse es que el verbo "afectar" debería corresponder al sustantivo "amenaza" y, por tanto, su conjugación sería la de la tercera persona *del singular*. Es la "amenaza" la que afecta (o, si se quiere, su "probabilidad razonable"). En todo caso, se trataría de bienes o servicios que "*podrían afectar*" (o expresión similar) aquellos derechos.

¿Qué debe entenderse por "amenaza" y "probabilidad razonable"?

Parangonando a Llamas Pombo (10), creemos que "todos los desarrollos efectuados para caracterizar la amenaza en la tutela inhibitoria servirán para interpretar este artículo". A ellos, también aquí, remitimos. Aclaremos nada más que esta remisión encuentra sustento en el diálogo de fuentes (art. 28) que establece el Anteproyecto y en las numerosas remisiones que, a la vez, este efectúa al Cód. Civ. y Com. en punto a la función y acción de prevención de daños (v.gr.: arts. 36, 65, 107, 176).

**III.6.** La amenaza debe provenir, lógicamente, de bienes o servicios que puedan afectar la *salud* o la *seguridad* de los consumidores. Ellas son el centro de protección e interés de estos dos principios (también en su

faz colectiva) (11) por el carácter no monetizable de los bienes que son el objeto de estos nuevos derechos y por la inidoneidad consecuente del mecanismo resarcitorio para garantizarlos. Esto último es predicable también de los derechos personalísimos.

Desde una perspectiva tanto ética/personalista como de efectividad de la protección de derechos, el Anteproyecto reconoce dos pilares que califica de "esenciales": la información y la seguridad. No se trata de deberes accesorios de conducta sino, como se dijo *supra*, de verdaderos deberes principales, autónomos, que deben ser respetados a raja tabla a fin de cumplir con las obligaciones emergentes de la relación de consumo.

**III.7.** La *faz preventiva* presenta en el *consumo* múltiples proyecciones. En particular, ellas "convergen en temas tales como la legitimación de los consumidores expuestos, las prácticas abusivas y las obligaciones de información y de seguridad. También es el marco general a través del cual debe ser explicado el daño punitivo" (12) y puede ser también objeto de aquella la inteligencia artificial (13).

Concordantemente, existen una variedad de *medidas preventivas* que hacen a la protección del consumidor que han sido dictadas en causas judiciales. Algunas comprenden obligaciones de no hacer (14), otras de hacer (15).

(11) "Es respecto a este tipo de intereses supraindividuales que los mecanismos preventivos del daño adquieren especial y 'vital' relevancia" (*Vid.*: BESALÚ PARKINSON, "Prevención del daño ambiental (soluciones en derecho privado)", JA 1997-I-784).

(12) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 267.

(13) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Inteligencia artificial, prevención de daños y acceso al consumo sustentable", LL 2017-E-1044.

(14) CCiv. y Com. Jujuy, sala I, 19/3/2018, "Estado Provincial-Fiscalía de Estado c. DLP Group SRL y otros s/acción preventiva de daños". Se trataba de hacer cesar una campaña publicitaria engañosa llevada a cabo en los portales web por las empresas de turismo.

(15) CCiv. y Com. Azul, sala II, 19/12/2017, "Torres, Luis Á. c. Caja de Seguros SA s/cumplimiento de contratos civiles/comerciales"; relativa a la obligación de información —cierta y detallada a la totalidad de los

(9) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación", en PEYRANO, Jorge (dir), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

(10) LLAMAS POMBO decía eso a propósito del comentario al artículo 1710, Cód. Civ. y Com., en "La tutela inhibitoria del daño", RCyS 2002-181.

Adelantamos que estas medidas anticipatorias positivas o negativas<sup>(16)</sup> que se exigen al Estado y a los productores de bienes y servicios se extienden a la precaución, según más adelante expondremos.

Recordemos también que la LDC, en su art. 52, habilita la acción judicial frente a un interés *amenazado*. Al no requerir un daño concreto, tal acción tiene claramente un carácter preventivo. A su turno, el Anteproyecto prevé expresamente la tutela y acción de prevención de daño (art. 107 —acción preventiva de daño— y arts. 27 —en las prácticas abusivas—; 65,1 —en la conexidad contractual—; 175 —en el proceso colectivo—).

El juez del caso puede, de oficio —como derivado del mandato preventivo existente aún antes de la consagración de la acción preventiva en el Cód. Civ. y Com.—, ordenar tales medidas a los fines de prevenir el daño que pueda causarse y que prevé pueda ocurrir a futuro de continuar los hechos del caso. Ello corresponde al nuevo paradigma del “juez humanista integrativista”, de un juez “principista” y a una actividad jurisdiccional que no puede agotarse en la resolución del caso concreto cuando de la realidad de los hechos de ese caso aparezca que pueda derivarse perjuicio a múltiples personas. Así, se ha sostenido: “La misión de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables, se cuenta entre las atribuciones judiciales implícitas y se fundamenta en la esencial obligación de prevención. El fenómeno dañoso exhibe la confluencia de dos imperativos básicos: el amparo

---

asegurados— y a la reformulación de una cláusula abusiva sobre el alcance voluntario del seguro, explicando el contenido de la cláusula de exclusión de cobertura por accidentes personales en caso de utilización de motocicletas o vehículos similar, RCyS2018-V-219; 11/11/2015, “Biorde, Miguel Ángel vs. Rutas al Sur Concesionario Vials. daños y perjuicios” (sobre adopción de medidas de seguridad en la señalización de una estación de peaje), Rubinzal Online; 59966; RC J 7657/15.

(16) CApel. La Plata, sala II, 6/11/2018, “C. D. O. D. y E. D. C. c. T. L. P. C. & C. S. A. y ot. s/acción preventiva-daños” (sobre brindar información en la carta o menú acerca del servicio de mesa o cubiertos). CNFed. Contencioso-administrativo, sala IV, 31/10/2000, “R & H L SA c. Sec. de Comercio e Inversiones” (sobre información clara de vencimiento de producto), expte. 5310/2000 elDial.com.

de derechos constitucionales y la existencia de la prevención...”<sup>(17)</sup>

En esta línea —oficiosidad en la actuación judicial— no puede dejar de advertirse (más allá de que se pueda o no concordar con ello) que el Anteproyecto ha dado tal oficiosa facultad al juez para *el establecimiento* del daño punitivo (art. 118) instituto que, como ya se sabe y es ampliamente reconocido, contiene en sí mismo una función de tipo preventivo. Con ello el Anteproyecto no hace sino extender aún más las facultades del juez emanadas del art. 52 bis, LDC.

Siguiendo esta línea, nótese también aquí que el juez del Anteproyecto puede inferir, con su interpretación, la existencia de una relación de consumo (art. 1º) y que puede morigerar o revisar las estipulaciones contractuales cuando lo autoriza la ley y, de oficio, cuando ellas afecten el orden público (art. 35).

#### IV. El inc. 9º del art. 5º: Principio de precaución

**IV.1.** Ya en otra oportunidad<sup>(18)</sup> investigáramos la posibilidad de que el PP pueda proyectarse más allá de los horizontes del derecho ambiental y llegar a expandir también su protección prudente, a otras ramas del derecho. Entre estas, tuvimos en miras, claro, al derecho de los consumidores.

El “salto” del PP del foro ambiental al consumeril no pasará desapercibido al más distraído de los profesionales del derecho. Es que, ya criticado en su propia cuna —la del derecho ambiental, que lo vio nacer y desarrollarse—, no cabe sino esperar más críticas de sus detractores. A pesar de esas probables críticas y eventuales desafíos, la comisión reformadora, con audacia y lucidez propias de los grandes, recoge el guante e incorpora el PP junto al más aceptado PPrev para así tomar lugar de vanguardia a nivel no solo regional sino global en materia de protección de los derechos de los consumidores (especialmente salud y seguridad), al ampliar el

---

(17) CApel. Concordia, sala Civil y Comercial Nro. 1, 14/5/2002, “Yuqueri Chico Agropecuaria SCA c. Municipalidad de Concordia y otra s/sumario”, RDD 2008-21-710/712.

(18) BESTANI, Adriana, *El principio de precaución*, Astrea, Buenos Aires, 2012.

margen de la prevención de daños a los casos de incertidumbre científica. Cumple así la Comisión uno de sus objetivos, toda vez que la nota de elevación expresa: “El anteproyecto... ha buscado encolumnarse en la más moderna agenda de la protección del consumidor a nivel global”.

**IV.2.** El inciso 9º pone en cabeza no solo del Estado, sino también de los proveedores el “deber” (aquí sí, explícitamente) de actuar precautoriamente. Con ello el Anteproyecto despeja una cuestión existente aún dentro del Derecho Ambiental relativa a si tal deber puede extenderse más allá del Estado hasta llegar a alcanzar a las personas privadas.

El inciso habla de “situaciones de controversia científica probada” y “en general, frente a incertidumbre científica fundada”. Creemos que lo último abarca lo primero, con lo cual no advertimos —aplicando la navaja de Ockham— cuál pudiera ser la utilidad de distinguir, máxime cuando tampoco lo hacen las más conocidas definiciones legales del PP.

Los calificativos de “probada” y “fundada” aseguran que la precaución y sus medidas se ejerzan allí donde efectivamente exista una duda científica de peso y que esta se encuentre “probada” (controversia científica) o “fundada” (incertidumbre científica) por documentos, informes, estudios, peritajes, etc. No bastaría entonces la mera mención de sospecha o duda científica.

Cómo juegue la minoría científica en la configuración de lo que, para el Anteproyecto, es “controversia científica probada” es algo que la doctrina y jurisprudencia irán contestando a lo largo de la aplicación de la ley, de llegar a ser tal. Sin embargo, adelantamos que el PP siempre ha potenciado la fuerza de la minoría científica que no puede soslayarse sin algún tipo de fundamento. Así entonces, el artículo parece querer decir precisamente eso: Que la minoría científica debe ser atendida; pero que la existencia de dicha minoría —sus hipótesis plausibles, las teorías que pongan en jaque o en cuestión el conocimiento científico existente— debe, de alguna forma, probarse. Esto corre de la mano con el otro calificativo: “fundada”, aplicado al sustantivo “incertidumbre”. Se descartan entonces el miedo irracional o la mera

sospecha de daño y esto es algo que el principio analizado, bien entendido, ha hecho desde siempre: Para su aplicación se requiere —según la buena doctrina— la existencia de hipótesis científicas plausibles (19).

**IV.3.** Aquí el concepto de “amenaza” es distinto al que juega para la prevención. En efecto: En la vinculación entre función preventiva y daño, se incorporó dentro del concepto de daño cierto a la “amenaza de daño” entendida como toda alteración al goce pacífico de los derechos individuales o colectivos o de un interés lícito. Si a ello añadimos el PP, todavía habrá que distinguir entre la “amenaza de daño” y el “riesgo de daño”, menos inminente y concreto, más abstracto que la primera. De allí que el PP suavizaría la exigencia de producción de un daño al requerir solo una “simple amenaza de daño”, cuando se trate, claro está, de derechos tales como los de la salud y seguridad humanas o el medio ambiente, siempre que, además, el perjuicio temido sea grave o irreversible (20). De este modo el PP alongaría el concepto de “amenaza de daño”, al “riesgo eventual” de padecerlo y protegería al consumidor de esta forma más extensa.

**IV.4.** Algo de hacer notar es que el inciso nueve no menciona que las medidas de precaución a adoptar sean *eficaces* para la evitación del daño al consumidor *en función de los costos*. La omisión de lo que, tanto en nuestra LGA como en numerosas normas internacionales se exige (proporcionalidad en relación a los costos —que serán económicos pero también de otro tipo—) muestra a nuestro criterio, una vez más, cierto coraje de los miembros redactores de la Comisión en la aplicación del PP en este microsistema, en tanto dicha aplicación pareciera independizarse de algún modo de los motivos económicos que —justificados o no— se han alegado siempre para evitar aquella. La protección de los consumidores pareciera encontrar aquí su más plena expresión. Sin embargo, enten-

(19) Ver en este sentido el Informe de la UNESCO, elaborado por el Grupo de Expertos sobre el PP, Comisión Mundial de Ética, Conocimiento Científico y Tecnología (COMEST), París, 1 de febrero de 2005.

(20) KOURLISKY, P. - VINEY, G., *Le principe de precaution. Rapport au Premier Ministre*, Odile-Jacob, Paris, La documentation française, Janvier, Paris, 2000.

demos que el principio de proporcionalidad no debe (ni podría) ser dejado de lado. No ocurre en el mismo derecho ambiental —en donde el PP es eje estructural— y no es previsible que la CSJN, al interpretar este inciso, vaya a soslayar la “ponderación de principios” que emana como regla general de interpretación. Nótese que “La elaboración jurisprudencial de la Corte luce como un valiosísimo aporte en aras a la configuración teórico-práctica del PP. Ella, fiel a su rol institucional, lo configura como:... d) una guía de conducta que obliga a actuar en situaciones de incertidumbre científica *sin perjuicio de efectuarse un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego*; e) un principio que, a pesar de su importancia, *reconoce límites —como toda la normativa ambiental—, pues no puede afectar, con su aplicación indiscriminada, otros derechos o garantías fundamentales*” (21).

**IV.5.** Sobre la posibilidad de la existencia del PP en el derecho del consumidor, expresé con anterioridad(22) que no existe obstáculo alguno para ello (con apoyo en el *diálogo de fuentes* y con la necesaria adaptación que supone el pasaje de la racionalidad preventiva a la precautoria; ver *supra* II.1 cuando se trate de supuestos de incertidumbre científica y la posibilidad de grave o irreversible daño al consumidor. Junto a doctrina y jurisprudencia del derecho comparado, expresas normas constitucionales y legales habilitan indirectamente la posibilidad de la precaución en este ámbito (art. 42, CN; LDC: arts. 4º, 5º, 6º, e, incluso, art. 45, incs.8º y 10 —medidas de la autoridad de aplicación que ordenan el cese de la conducta que se reputa infractora de la ley sin tener que esperar a que concluya el sumario o medidas de no innovar o técnicas—). A su turno, el Anteproyecto prevé en distintos artículos de modo más extenso y sistemático lo expuesto en todas esas normas de la LDC (véase punto V *infra*).

**IV.6.** Es indiscutible la aplicación jurisprudencial nacional e internacional en causas *no ambientales* del PP: Numerosos países lo han aplicado y sus tribunales han resuelto sobre su

base: \*Producción y productos agroalimentarios: Casos judiciales sobre aplicación del glifosato (y otros agroquímicos; v.gr: paraquat); sobre contaminación del aceite de colza y engorde artificial de ganado mediante clenbuterol (España); casos “Alpharma” y “Pfizer” (Francia) sobre antibióticos (virginiamicina, etc.) dado al ganado, por el riesgo de generar resistencia en seres humanos; casos sobre libre circulación de los productos alimenticios (“Greenpeace”, “Monsanto” y “Reino Unido/Comisión” —conocidos como casos de la “vacca loca”, un tema de salud, en donde por primera vez se reconoce explícitamente el PP—), etc. \*Complementos alimenticios: Asunto “Alliance for Natural Health” (23), el tribunal señaló la obligación del legislador de tomar en consideración el PP al adoptar medidas dirigidas a proteger la salud humana en el marco de la política de mercado interior. \* Información: “Asunto Codacons”, sobre exigencia adicional de etiquetado en productos alimenticios en que se determinó que el PP debe formar parte del proceso decisorio (en el mismo sentido: “Associazione Italiana Industrie Prodotti Alimentari” (24) \* Fármacos y cosmetología: Aplicado en supuestos de productos que posean efectos nocivos inciertos (caso “Bergaderm”), etcétera.

En nuestro país, existen algunas normativas del PE relativas a la salud que se basaron en el PP(25). Asimismo causas judiciales(26) sobre: \*Ondas electromagnéticas: Estaciones subtransformadoras, antenas de telefonía celular, etc. han sido objeto de demandas judiciales y sentencias favorables a ellas, tendientes a la instalación a

(23) En <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-154/04&language=es>.

(24) En <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5a9fe69dbdbaa49baae2efe114522144.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSc310?text=&docid=59660&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=373990>.

(25) La ANMAT a través de la disposición 1207/2012 prohibió en todo el territorio nacional la fabricación, importación y comercialización de biberones que contengan bisfenol A en su composición. En sus considerandos se dice que “atento al principio de precaución resulta conveniente la adopción de la medida que se propone en resguardo de la salud de los lactantes”.

(26) Para ver los casos jurisprudenciales que aplica el PP en el país, BESTANI, Adriana, *El principio de precaución...*, cit.

(21) BESTANI, Adriana, “Prevención del Daño en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, RDD 2016-II —Prevención—, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

(22) BESTANI, Adriana, “El principio de precaución en el derecho del consumidor”, SJA del 6/12/2017, p. 44.

distancia que permita asegurar la inocuidad de esta materia. \* OGM: (caso “Bordenave” (27)) es uno de los poquísimos en que desde la Justicia se ha aplicado el PP en derecho del consumo referido a la información y etiquetado de OGM.

En definitiva, “el principio de precaución se aplica en todo aquello que supone resguardar derechos humanos y privilegia la hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible, aun en un plazo muy largo” (28).

**IV.7. ¿Qué posibles efectos tiene la aplicación de la precaución en el ámbito del Consumo? (29)**

a) En primer lugar, está claro que la previsión expresa que hace el Anteproyecto del PP, del consumo sustentable y del diálogo de fuentes implicará que el intérprete y aplicador de la norma consumerista deberá consultar los *principios y valores jurídicos del derecho ambiental* en los casos en que ello quepa.

b) El PP amplía el horizonte del *deber de seguridad*. En la medida en que se puede ver como una extensión del PPrev, supone medidas iguales o similares (vigilancia, control, información, consejo, eliminación o subsanación del peligro generado por el producto; retiro y recupero del bien del mercado, etc.), pero refiriéndolas ahora a riesgos *potenciales* y no solo ciertos. El PP eleva el estándar de diligencia media en el cumplimiento de este tipo de deberes.

c) Su presencia modifica la *forma de evaluar y de gestionar* que se venía utilizando hasta ahora, precisamente para adaptar los métodos clásicos a las nuevas situaciones caracterizadas por la presencia de incertidumbres científicas (v.gr: los *estándares de calidad* que establecen un piso mínimo de seguridad deberían contemplar el riesgo incierto, si no para abstenerse

de colocar el producto en el mercado, sí, quizá, para imponer deberes de carácter informativo y de advertencia). El PP exige una evaluación de riesgo sinérgico, de largo plazo, contextual (principios “caso por caso” —de acuerdo con la materia u objeto que lo convoque—, “paso a paso” —de acuerdo con la etapa o proceso que requiera dicha materia desde su nacimiento hasta la puesta en el mercado—) y requiere información suficiente para ello.

d) El PP se inserta en el *proceso de toma de decisiones* evitando que la incertidumbre científica o la ignorancia puedan servir de excusas para no actuar. Reconoce la necesidad de admitir que en este proceso deben intervenir los ciudadanos; de someter todas estas actividades a un debate público que ubique a la sociedad (que va a ser el sujeto sobre el que recaen los nuevos riesgos, sin conocimiento cabal y exacto de cuáles puedan ser los resultados de la actuación, proceso o producto tecnológico) en el centro del interés a tutelar. Por ello:

e) Advierte la necesidad de tener en cuenta el “riesgo social aceptable” a la hora de la toma de decisiones políticas sobre ambiente, seguridad y salud de los consumidores, dando lugar a mecanismos de *participación ciudadana* en el marco de la adhesión a una democracia participativa y no meramente representativa, respetando los principios de transparencia y de información pública.

f) El PP refuerza la ya existente *inversión de la carga de la prueba* (v.gr: arts. 47 y 167) y la extiende también en caso de que el riesgo sea incierto.

g) El PP, junto al PPrev, fortalece y da impulso de las *obligaciones de vigilancia, monitoreo y seguimiento* que entroncan con la obligación de seguridad. Efectivamente, una de las medidas precautorias es, precisamente, la de seguir investigando sobre el producto o actividad *sospechados de dañosidad* a los efectos de despejar las incertidumbres existentes y obrar sobre base más segura. Ello plantea una cierta vinculación entre el PP y el riesgo del desarrollo sobre el que también se expide el Anteproyecto. Asimismo, si la incertidumbre se va despejando en sentido positivo a la posibilidad de daño, se puede exigir el *recall* o retiro del

(27) ST Río Negro, “Bordenave, Sofía A. s/mandamus”, LL Patagonia 2005 (diciembre), p. 1348.

(28) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Determinación de la filiación del clonado”, JA 2001-IV-12.

(29) Este tema es vasto y no podemos reproducir *in extenso* aquí. Pueden verse BESTANI, Adriana, *El principio de precaución*, cit., y *Principio de precaución y seguridad alimentaria (una protección más en favor del consumidor)*, Platense, La Plata, 2018 (sobre la base de mi tesis doctoral).

producto del mercado (30). Desde Francia, juristas tales como Le Tourneau y Viney afirman concretamente que estas obligaciones de seguimiento y vigilancia están sustentadas en el PP.

h) El PP exige en primer lugar incorporar la *información* sobre los riesgos potenciales y ya no solo los riesgos ciertos o probables. En segundo lugar, obligaría tener en cuenta la opinión científica disidente también a la hora de determinar el contenido de la información. En tercer lugar, supondría que tanto el Estado como el empresario, fabricante, importador, etc., deban informar (etapa pre o poscontractual) de posibles o nuevos riesgos descubiertos en el producto que se ha adquirido con anterioridad, concomitantemente a su retiro del mercado.

i) El PP modificaría la concepción que se tenga de ciertas figuras, categorías o conceptos.

- La noción de “seguridad” de modo que el juez podría apoyarse en él para apreciar la calificación de “peligrosa” de una actividad o la condición de “defectuoso” de un producto. Para la determinación de esas calidades no podría soslayarse la evaluación de los riesgos inciertos que ellos presenten ni el contenido de la información que se da: si transmite —o no— los riesgos potenciales. *En este sentido podría ser pauta de interpretación de los arts. 110 y 111 del Anteproyecto.*

- El concepto de “amenaza” del art. 52, LDC. El concepto de “amenaza” se extendería hasta comprender a los *riesgos inciertos* (dando lugar a acciones de tinte preventivo-precautorio), de modo tal que pueda ser captado dicho vocablo con la significación que se le ha ido dando en las medidas cautelares y demás inhibitorias. De este modo “la incertidumbre misma de sufrir un riesgo” será entendida como “amenaza de tal” y por ende, susceptible de fundar una acción preventiva-precautoria, dándose también sus otros presupuestos (31).

(30) Ver sobre esto: Sozzo, Gonzalo, “Las obligaciones de vigilancia y de seguir investigando”, RCyS 2010-III-16.

(31) Para este tema, ver: Sozzo, Gonzalo, “El estado actual de la problemática de los riesgos derivados del consumo (dimensiones reparatoria, preventiva

j) El PP modificaría los presupuestos de la responsabilidad civil y sus eximentes: Lo que se entienda por previsibilidad, culpabilidad, causalidad, daño, admite variantes bajo su óptica (32).

k) El PP fortalece la noción o “principio” (art. 5º, inc. 5º) de consumo sustentable: Ambos principios poseen una mirada diacrónica en favor de la protección de generaciones futuras. También, en tanto que el “consumo sustentable” se entienda como “consumo eficiente y responsable” dice relación con el PP. Es que este supone un “*hiatus reflexivo*”, el pedido de desaceleración del “crecimiento exponencial irreflexivo” para pensar hacia dónde queremos ir como comunidad global o local; qué estilo de vida queremos llevar y hacia dónde nos guía el que tenemos (Arendt). El PP supone una filosofía de la sustentabilidad que es a la vez una filosofía del límite como seres humanos. Límites en el consumo y en un estilo de vida que, se ha dicho, es causa de la crisis de la civilización actual.

## V. Contexto normativo intrasistémico

En todo el Anteproyecto encontraremos supuestos legales relacionados directa o indirectamente con la prevención —y hasta con la precaución— de los daños. Así, la sección 4ª, título I, capítulo I, alude a los “deberes de protección y seguridad” (parágrafo 3º). El mismo deber de información (parágrafo 2º) está estrechamente relacionado con aquella.

Hay que tener en cuenta que \* “las reglas sobre... seguridad son aplicables a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo” (art. 2º, con lo que se reconoce que la extensión amplísima que abarca este derecho a la seguridad, con el correlato del deber de prevención, llega hasta el *bystander* cuyos derechos, con sus idas y vueltas, han sido finalmente admitidos en el Anteproyecto aunque no de modo pleno); \* la salud y seguridad deben ser especialmente garantizados en los consumidores hipervulnerables (arts. 3º y 5º, inc. 6º) y \* estos deberes existen antes, durante y con posterioridad a la

y precautoria)”, RDP 2009-1-367 —Consumidores—, Rubinzal-Culzoni.

(32) Para este tema, ver: BESTANI, Adriana, *El principio de precaución*, cit.; *Principio de precaución...*, cit.

relación del consumo (arts. 7º; 40 —protección antecontractual a la seguridad—, entre otros).

Parte del actuar preventivo y precautorio se ve explicitado en el mismo Anteproyecto cuando exige al Estado no solo garantizar el acceso a la información que posea (art. 8º) sino también informar “riesgos e incertidumbres que ellos (bienes y servicios puestos en el mercado) traigan aparejados” (art. 10, inc. 1º) así como la cualidad ambiental de los bienes y servicios, sus efectos en la salud humana, promoviendo de esta manera patrones de producción y consumo sustentables (inc. 2º) y cualquier circunstancia que, con posterioridad a su introducción al mercado “pueda ocasionar alguna amenaza o perjuicio a los consumidores”. También debe hacer conocer los productos prohibidos, retirados del mercado o sometidos a restricciones rigurosas (inc. 3º).

Otra medida precautoria es la de generar información de interés para la seguridad de los consumidores, *inclusive la ambiental pertinente* (art. 11) y actualizarla de manera periódica.

A la par que la información, se prevé también como deber del Estado —Administración Pública— el de proveer a la constitución y *necesaria participación* de las asociaciones de consumidores en la toma de decisiones de los organismos de control (art. 29, inc. 5º).

Es de alabar que el Anteproyecto haya hecho recaer aquellas obligaciones de información también en cabeza de los proveedores y que en el contenido de ella esté prevista la incertidumbre (art. 12: informar “sobre riesgos, *incertidumbres* y cuestiones ambientales”; art. 14, punto 2: “riesgos e incertidumbres” que “entraña la utilización del bien o servicio”, “cumpliendo con la normativa específica para su comercialización, según el art. 17, segundo párrafo”). Este trata, específicamente, de los *deberes de protección y seguridad* y de la *garantía de inocuidad del producto* mediante el “cumplimiento de las normas de seguridad tanto administrativas, técnicas, científicas, las mejores prácticas y las tecnologías disponibles según el conocimiento y técnica al momento de su puesta en el mercado, asegurando un nivel de seguridad que puedan razonablemente esperar los consumidores” (art. 18). Cabe hacer notar que existirá aquí una

necesidad de compatibilización entre las exigencias y modificaciones del PP en el método de evaluación y gestión de riesgos con lo dicho en el art. 18 en cuanto prevé las “mejores prácticas y tecnología disponibles”, ya que estas no siempre contemplan las incertidumbres científicas.

El art. 19, sobre prácticas abusivas, prevé expresamente que las disposiciones de esa sección (V) se aplican a las personas expuestas a una relación de consumo. Ello parecería, al menos, redundante, dado lo dicho en el art. 2º. En efecto, nótese que este artículo está inserto en la sección I —Ámbito de aplicación— y en el mismo capítulo que la sección V: el que delinea el sistema general de protección del consumidor. Pero además, y en una interrelación necesaria entre las secciones de un mismo capítulo y título —todas configurando ese sistema— el artículo 19 deja la pregunta de si acaso los “deberes de protección y seguridad” (previstos en el párrafo 3º, de la sección anterior —IV “Deberes”—) o los de información (párrafo 2º, misma sección) no son aplicables a las personas expuestas a una relación de consumo, cuando el art. 2º ya dice que sí. Entonces, ¿por qué la diferencia? ¿Hay disposiciones sobre la seguridad que sí se aplican y otras no? ¿Cómo? ¿Cuáles? ¿Por qué?

El incumplimiento de los deberes de protección y seguridad, así como las prácticas abusivas da lugar a la tutela preventiva y resarcitoria (art. 17, *in fine*, art. 27).

El art. 115 establece que “no configura una exigente el cumplimiento de las reglas del arte, o de la normativa vigente, o el hecho de contar con la autorización administrativa para la fabricación o realización del producto o servicio; salvo en el caso de que la ley o la autoridad administrativa *impongan de manera imperativa modalidades para la fabricación, diseño, información o conservación del bien*”. Nos preguntamos qué pasaría si la ley impone un cierto tipo de información donde no están previstos los riesgos inciertos: ¿no se los debe informar? Y, si por esa causa no se los informa, ¿servirá de exigente de responsabilidad? La existencia del principio como eje rector (art. 5º) del sistema pareciera dar respuesta negativa a esta pregunta. Se refuerza la interpretación si tomamos en cuenta el hecho de que los “riesgos de desarrollo” no



son eximentes de responsabilidad (mismo artículo, último párrafo).

Relacionado con los mentados riesgos de desarrollo, cabe hacer notar que otra medida que puede entenderse precautoria es el llamado *recall* contemplado en el inciso 6º del art. 14. Aplaudimos la norma que la contempla supliendo el silencio al respecto de la LDC y despejando también la cuestión álgida sobre el riesgo de desarrollo que generó mucho debate en doctrina.

La sección 6ª contempla el diálogo de fuentes (art. 28) lo que viene a fortalecer la incorporación del PP, eje del derecho ambiental y, hasta hace muy poco, reservado casi exclusivamente a ese ámbito. En igual sentido integrativo, el art. 36 prevé que las normas del título II (protección contractual) se integran y armonizan con las reglas y principios del Cód. Civ. y Com.

Ya dijimos que el Anteproyecto efectúa una remisión a la función preventiva del Cód. Civ. y Com. “en donde se regula la problemática con suficiente amplitud y de manera detallada”; es que tal función adquiere alcance general y por tanto “torna innecesaria una regulación específica” (Fundamentos). Sin perjuicio de ello, el Anteproyecto se encarga de explicitar que en caso de conexidad contractual del art. 1073, Cód. Civ. y Com., el consumidor gozará también de la acción preventiva, directa y resarcitoria contra quien sea parte de los contratos coligados (art. 65, inc. 1º —cuando se trate de la *tutela de la seguridad*, etc.—) Como anticipamos, los consumidores podrán ejercer la acción preventiva del Cód. Civ. y Com. (art. 107) que, por lo demás, no hacía falta que se dijera, pues los arts. 1711 y 1713, citados en el art. 107, se aplican a todos ellos cumpliéndose, claro está, los requisitos propios de esta acción (33). No obstante, no está de más explicitar esto en el microsistema, desde el punto de vista de la completitud y claridad del mismo.

(33) Vid: BESTANI, Adriana, “Acción preventiva y ‘omisión precautoria’ en el nuevo Código Civil y Comercial”, RCyS 2016-III-26, y “La antijuridicidad en la acción preventiva del Código Civil y Comercial”, LL 2016-D-1269.

Se destaca que los propios consumidores deben también cumplir con esa función preventiva y precautoria para lo cual el mismo Anteproyecto establece que en su formación se tenga en cuenta en el contenido: “1. Sanidad, nutrición prevención de las enfermedades transmitidas por los alimentos y su adulteración, 2. los peligros y el rotulado de los productos..., protección del medio ambiente” (art. 34, incs. 1º, 2º, 5º).

La prevención es un elemento relevante en la política de protección al usuario de servicios financieros (art. 80) y en relación al sobreendeudamiento (arts. 82 y 84). Es también objeto del proceso colectivo de consumo (art. 175) en donde, además, se aplican, armonizándolas, las normas de la acción preventiva del Cód. Civ. y Com. (art. 176).

La obligación de seguridad del proveedor está expresamente contemplada en el art. 117.

A su turno, entre las misiones y funciones del COFEDEC está el “Fomentar la prevención de riesgos que puedan derivarse del consumo de bienes o de la utilización de servicios” (art. 142, punto 5).

Como anticipamos, el Anteproyecto, en su art. 146, prevé también las medidas preventivas y de cese de conductas preceptuadas en infracción a la ley, de las cuales dijimos que podían verse también como una aplicación del PP (34).

## VI. Conclusiones

Los derechos que constituyen el entramado de la relación de consumo son, en principio, de naturaleza preventiva y, en gran parte, colectiva, tal cual ocurre en el derecho medioambiental. De allí también que, como acontece en este, la regulación de las distintas situaciones que pueden afectar esos derechos —y su modo de protección— deba tener un corte principal y netamente preventivo. Los principios de prevención y precaución, así proyectados, constituyen la máxima expresión actual del principio de seguridad en su faz preventiva.

(34) BESTANI, Adriana, *Principio de precaución y seguridad alimentaria...*, cit.

Respecto del PPrev, el texto legal propuesto plasma el vasto desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la obligación de seguridad; y lo hace puliendo algunas de sus aristas, despejando algunos debates y extendiendo su horizonte de protección.

Respecto del PP, el hecho de contemplar explícitamente la precaución hace del Anteproyecto una normativa que responde a las necesidades de seguridad del siglo XXI generadas por la “sociedad de riesgo global” (Beck) en el que todos estamos insertos. Su previsión legal proyectada despeja toda duda en su aplicación e implicará extender la protección de los consumidores a

un nuevo horizonte conformado por los daños potenciales, inciertos, pero científicamente sospechados. Las incidencias de este principio en la producción y consumo son plurales y relevantes. La práctica y dogmática jurídica irá marcando el rumbo de su desarrollo posible.

Por esas razones, y porque el derecho argentino dista mucho de contar con normas que prevengan contra riesgos inciertos o potenciales, *alabamos* la construcción de un verdadero sistema del derecho de los consumidores sentado sobre la base de explícitos principios, entre los cuales se encuentran los de prevención y precaución.

**D**ERECHOS Y DEBERES DE  
**PROVEEDORES Y CONSUMIDORES**  
.....



# La buena fe y el abuso del derecho por parte de los proveedores

---

SANTIAGO J. PERAL (\*)

## I. Introducción

En esta oportunidad se realizará un comentario a la norma incorporada en el art. 7º del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor(1) (en adelante ALDC), que establece una importante regla general respecto de los deberes de conducta que deben ser observados, por proveedores y consumidores, en el marco de una relación de consumo.

La norma en cuestión consagra un deber de actuación de buena fe y de ejercicio de los derechos de manera regular, antes, durante y con posterioridad a la relación de consumo, lo cual presenta gran trascendencia práctica toda vez que esta regla general, de origen legal, resultará aplicable a todo tipo de conducta desplegada por el proveedor de bienes y servicios, incluso

antes de que la relación de consumo se materialice efectivamente.

En el presente comentario se analizarán los alcances de la norma consagrada en el art. 7º del ALDC a través de un repaso general acerca de las concepciones de buena fe, como así también del ejercicio abusivo del derecho, para luego hacer referencia a supuestos concretos de abuso del derecho y violaciones al principio de buena fe, que suelen presentarse en el ámbito de la relación de consumo, algunos de los cuales han pasado a ser contemplados expresamente en el ALDC y a los que se hará referencia.

## II. La buena fe y abuso del derecho por parte de los proveedores en la relación de consumo

El art. 7º del ALDC se encuentra inserto dentro del capítulo 1 “Sistema de protección del consumidor”, sección 4ª “Deberes”, parágrafo 1º “Regla General”, consagrando el deber de actuación de buena fe y el ejercicio regular de los derechos que recaen sobre todos los proveedores y consumidores en el marco de una relación de consumo.

Se considera acertada la metodología adoptada por el ALDC consistente en la incorporación, dentro su primer capítulo, de una serie de normas en las que se regulan principios; deberes y reglas generales de conducta que recaen principalmente sobre los proveedores en toda relación de consumo. Ello debido a que tales preceptos normativos se proyectan sobre todo el sistema de protección de los consumidores y usuarios, no solo el consagrado en la ley, sino también el

---

(\*) Abogado - (UNSTA); Máster en Derecho Empresario (U. Austral); Aux. Doc. de 1ra. Cat. en Derecho del Consumidor (UNT); Autor y coautor de libros y de publicaciones en revistas jurídicas sobre temáticas vinculadas al Derecho del Consumidor.

(1) El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, cuya elaboración fue encomendada por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y articulada en el marco del Programa “Justicia 2020”, fue presentado en fecha 6/12/2018 ante los Sres. Ministros de Justicia y Derechos Humanos, Dr. Germán Garavano; y de Producción y Trabajo, Lic. Dante Sica, por la Comisión Reformadora integrada por Carlos Alfredo Hernández; Gabriel Alejandro Stiglitz; Fernando Blanco Muiño; María Eugenia D’Archivio; María Belén Japaze; Leonardo Lepiscopo; Federico Alejandro Ossola; Sebastián Picasso; Cósimo Gonzalo Sozzo; Carlos Eduardo Tambussi; Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Hernán Wajtraub.

que surge de las normas de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, el Código Civil y Comercial y demás leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo.

En este sentido puede afirmarse que la intención de la Comisión Reformadora es que la nueva Ley de Defensa del Consumidor tenga una marcada vocación dialoguista, inspirada en el diálogo de fuentes y la integración normativa, principios de interpretación y aplicación de las leyes ante supuestos de antinomias normativas que ya se encuentra consagrado en los arts. 1º(2) y 2º(3) del Cód. Civ. y Com. y que ahora también lo está en el art. 28 del ALDC (4).

A fin de comprender los alcances de la regla general consagrada en el art. 7º del ALDC, resulta imprescindible repasar y reflexionar sobre las nociones de buena fe y abuso del derecho, conceptos que históricamente han sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia,

aunque vinculados generalmente al derecho de los contratos.

La buena fe es uno de los temas fundamentales de los contratos (5), no tanto por la enorme difusión que ha tenido sino por su gravitación sobre todas las etapas de la contratación. El principio protectorio incorpora límites a la autonomía basados en las desigualdades económicas y de conocimiento, en cambio la buena fe introduce la regla moral en el comportamiento (6).

La buena fe es un principio general, porque constituye un mandato de optimización, en cuanto ordena reglas de comportamiento cooperativo en la mayor medida posible en el caso (7). Es una cláusula general, porque constituye una regla abierta de interpretación (8) y aplicación para que el juez la utilice en el caso, contemplando las circunstancias de tiempo, lugar y costumbres. Es una cláusula general que, al permitir la adaptación permanente, es compatible con una concepción de la obligación como proceso (9). En igual sentido se ha dicho que la buena fe constituye un principio jurídico con estructura deóntica, constituye un verdadero mandato y por lo tanto es exigible (10).

(2) Art. 1º, Cód. Civ. y Com.: "Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

(3) Art. 2º, Cód. Civ. y Com.: "Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

(4) Art. 28, ALDC: "Diálogo de fuentes. Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen".

(5) REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 469.

(6) LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los Contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 153.

(7) Ídem, ps. 155-156.

(8) Ruy de Rosadi de Aguiar Júnior dice: "La buena fe aparece aquí como principio orientador de la interpretación y no como cláusula general para la definición de las reglas de conducta. Expresa una exigencia fundamental que se encuentra en la base de una sociedad organizada, desempeñando una función de sistematización de las demás normas positivizadas y direccionando su aplicación. Es un marco referencial para la aplicación del Código de Defensa del Consumidor, lo que es hasta cierto punto indispensable, pues no se concibe sociedad organizada con base en la mala fe..." (AGUIAR JÚNIOR, "La buena fe en las relaciones de consumo", *Revista Direito do Consumidor*, São Pablo, nro. 14, p. 21).

(9) DO COUTO E SILVA, Clóvis, "O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português", em *Estudos de Direito Civil brasileiro e português*, Revista dos Tribunais, São Pablo, 1980. Cita en: LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los Contratos*, cit., p. 156.

(10) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los Contratos*, cit., p. 157.

Existen dos clases de buena fe, la buena fe subjetiva o buena fe-creencia y la buena fe objetiva. La buena fe subjetiva permite considerar válida una creencia del sujeto que no sería admisible si se aplicara el *standard* de diligencia común exigible para garantizar la seguridad en el tráfico. El campo mayor de aplicación de la buena fe subjetiva se da en las transmisiones dominiales de “buena fe”, lo que significa que el adquirente confió en la apariencia de una situación jurídica determinada (11).

En cambio, la buena fe objetiva se relaciona con el comportamiento leal y honesto en el tráfico. No se refiere a la creencia que un sujeto tiene respecto de la posición de otro, como en el caso anterior, sino a la manera en que las partes deben comportarse en el cumplimiento de un contrato. Es un modelo o *standard* de conducta. En este sentido, la buena fe es fuente de obligaciones contractuales de origen legal, reclamando para las partes comportamientos objetivos, diferentes de los que tengan su fuente en el contrato (12).

Entre las diversas funciones que cumple la buena fe, cabe señalar que la misma constituye una regla de interpretación y, por lo tanto, ayuda a desentrañar el sentido de lo acordado. Como regla hermenéutica es objetiva, puesto que el *standard* no se refiere a lo que las partes entendieron efectivamente, sino a lo que pudieron entender conforme a lo que es ordinario que entiendan (13).

Además, la buena fe es fuente de deberes colaterales, debido a que las partes están obligadas no solo a lo expresado en las convenciones, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso y la ley atribuyen conforme a su naturaleza. Las partes tienen deberes secun-

darios de conducta, de información, custodia, colaboración, todos derivados del deber de cumplir de buena fe. Los deberes colaterales no son obligaciones en sentido técnico, sino deberes derivados de la buena fe y abarcan el período precontractual, contractual y poscontractual (14). Es importante destacar que en el art. 7º del ALDC no caben dudas de que la buena fe cumple la función de ser una fuente de deberes colaterales de conducta, debido a que sus normas de orden público imponen a todos los proveedores de bienes y servicios, deberes de información, de protección y seguridad, trato digno, etcétera.

La buena fe actúa en muchos supuestos como regla de integración, ya que se la utiliza para integrar un contrato y llenar sus lagunas. En aquellos casos en que las partes no hayan previsto alguna cuestión y es difícil desentrañar la intención, puede recurrirse al *standard* objetivo de la buena fe, el que provee al juez una fuente de datos para integrar el contrato (15). Esta función específica de la buena fe se la observa también en el sistema protectorio de los consumidores, en el marco de la regulación de las cláusulas abusivas, toda vez que el sistema además de sancionar con nulidad la incorporación de cláusulas leoninas en los contratos de consumo, impone al juez el deber de integrar el contrato en los supuestos en que ello resulte necesario a fin de evitar su frustración.

Por último, cabe decir que la buena fe cumple la función de límite al ejercicio de los derechos, es decir, una función correctiva del ejercicio de los derechos. El comportamiento correcto definido conforme a un *standard* objetivo señala un “deber ser” respecto de cómo deberían actuar las partes, y en virtud de su origen legal e imperativo se constituye en un control y un límite (16). Por ejemplo, la resolución por incumplimiento requiere que se ejerza conforme a la buena fe y debe existir un incumplimiento importante para que se deje sin efecto el contrato. En los contratos de consumo, la buena fe

(11) Cfr. REZZÓNICO, Juan Carlos, “Efecto expansivo de la buena fe”, en LL 1991-C-516.

(12) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los Contratos*, cit., p. 159.

(13) Cfr. Ídem, p. 160. Además cabe traer a consideración lo que dispone el art. 961 del Cód. Civ. y Com.: “Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

(14) Cfr. ídem, ps. 160-161.

(15) Cfr. ídem, p. 161.

(16) AGUIAR JÚNIOR, “La buena fe en las relaciones de consumo”, cit., p. 25.

cumple un rol importantísimo como elemento de control de cláusulas abusivas (17).

Ingresando ahora en el análisis del abuso de derecho, cabe decir que autorizada doctrina ha sostenido que, reconocida la existencia de los derechos subjetivos, es necesario cuidarse de los excesos en que se suele incurrir en el ejercicio de ellos, ya que si bien es legítimo usar de los derechos que la ley concede, no lo es abusar de ellos (18). Es así como los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido, “tienen una misión que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que esta los desborda al mismo tiempo que los justifica” (19); es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley (20).

El verdadero debate detrás del abuso del derecho pasa por determinar si, por el hecho de ser legales, los derechos subjetivos importan poderes irrestrictos en cuanto su titular se mantenga dentro de los límites que han sido expresamente fijados, o si, por el contrario y más allá de su licitud, aquellos pueden ser sometidos a un control judicial para evitar que puedan utilizarse para perjudicar a las personas (21).

(17) Cfr. AGUIAR JÚNIOR, “La buena fe en las relaciones de consumo”, cit., ps. 161-162. Se ha señalado en doctrina que la cláusula abusiva comporta una transgresión a la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, y al propio tiempo, revela un ejercicio antifuncional de los derechos subjetivos del predisponente, lo determinante para su calificación es el efecto que causa en la ecuación contractual (cfr. ZENTNER, Diego H., *Contrato de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 192).

(18) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 13ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 42.

(19) JOSSE RAND, Louis, *Derecho Civil*, Buenos Aires, t. I, vol. 1, nro. 162. En el mismo sentido, CCiv. Cap., sala A, 6/12/1960, LL 101-635; sala F, 20/3/1973, ED 51-576.

(20) Cfr. PERAL, Santiago J., “Reflexiones sobre el abuso del derecho en el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2016 (agosto), p. 139, AR/DOC/2370/2016.

(21) PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo”, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 167.

Es importante analizar cuál es el criterio que permite a los jueces resolver que un derecho ha sido ejercido abusivamente, y cómo debe fijarse el límite entre lo que es lícito y lo que es abusivo, puesto que la ley no lo establece (22). De acuerdo con un criterio finalista, habría abuso del derecho cuando este se ha ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se le otorgó. Así, por ejemplo, el derecho de huelga se ha reconocido con el propósito de dar a los trabajadores un medio de lucha por su bienestar; será, por lo tanto, legítima la huelga que se declare con el objeto de conseguir un aumento de sueldos, pero si se declara con fines políticos, para desorganizar la producción o la economía del país, el derecho habrá sido ejercido abusivamente (23).

Otro criterio señala que habría abuso del derecho cuando se ha ejercido en contra de la moral y la buena fe. Sin negar la utilidad práctica del criterio finalista, para orientar en numerosos casos la decisión justa de la cuestión, se comparte la opinión de que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema. La moral ha sido el fundamento de esta institución, es evidente que ella debe dar la norma rectora que permita distinguir el uso del abuso en el ejercicio de un derecho (24).

Es importante comprender el objeto de la prohibición en el abuso del derecho. Dado que la misma no se refiere al derecho subjetivo —que, como es lógico, por el solo hecho de ser tal, es legal— sino a ciertas formas de ejercicio de ese derecho que, en virtud de determinados parámetros también fijados por la ley, se reputan como “abusivas”. Es más, el abuso del derecho es un acto ilícito del que puede llegar a derivarse una responsabilidad y que, como tal, incluirá factores de atribución que podrán ser tanto subjetivos como objetivos, según lo establezca la legislación específica (25).

(22) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, p. 45.

(23) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., ps. 46 y ss.

(24) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., p. 47.

(25) Cfr. PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo y el Proyecto de



El ejercicio de un derecho entrará en el terreno de lo que la ley toma por “abusivo” cuando se incurra en alguna de las hipótesis previstas por la ley para calificarla de esa manera. Y, cuando esto ocurra, habremos entrado en el terreno de la ilicitud, dado que nos encontraremos ante una conducta contraria a la ley. Por eso, el ejercicio calificado como “abusivo” respecto de una facultad que, por lo demás, es legal, importa una conducta ilícita y, con esta ilicitud, estamos frente a uno de los requisitos necesarios para no darle amparo a dicha conducta y, de ser el caso, proceder a la reparación del daño que se haya ocasionado (26).

El Cód. Civ. y Com. define con claridad el abuso del derecho en su art. 10 (27), y cabe destacar que la decisión del legislador de incorporar el instituto en el título preliminar, es de lo más afortunada, ya que, metodológicamente hablando, importa reconocer su carácter de regla general. El instituto del abuso del derecho es incorporado en el texto legal del Cód. Civ. y Com. como principio general del ejercicio de los derechos, lo que implica un cambio en la tonalidad valorativa de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones que pudieran corresponder en cada caso particular (28).

A igual conclusión puede arribarse al observar la ubicación metodológica del art. 7º del ALDC, ya que el mismo fue inserto dentro del capítulo 1: “Sistema de protección del consumi-

dor”, sección 4ª: “Deberes”, párrafo 1º: “Regla General”, lo que le confiere a esta norma una proyección sobre todo el sistema protectorio de los consumidores y usuarios. Puede inferirse que la intención de la Comisión Redactora del ALDC ha sido la de otorgarle a esta norma el carácter de principio general, a fin de que funcione como parámetro interpretativo y pueda resultar aplicable a numerosos supuestos concretos de abuso del derecho llevados a cabo por parte de los proveedores en las relaciones de consumo, muchos de los cuales se encuentran ahora especificados a lo largo del articulado del ALDC, y algunos de los cuales a los que se hará referencia seguidamente.

A su vez, cabe resaltar lo positivo de la incorporación del art. 7º del ALDC como regla general, debido a que en la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC) vigente no se encuentra una norma que en forma general haga alusión al deber de actuar de buena fe por parte del proveedor antes, durante y después de la relación de consumo. Actualmente, solo el último párrafo del art. 37 de la LDC hace referencia a la buena fe al señalar: “En caso en que el oferente viole el deber de buena fe, en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

La referencia a la buena fe que se encuentra hoy en el art. 37 de la LDC, claramente está limitada al ámbito de los contratos de consumo (29),

---

Código Civil y Comercial de 2012, RDP 1-2-215/216, en <http://www.pensamientocivil.com.ar>.

(26) PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, cit., p. 216.

(27) Art. 10, Cód. Civ. y Com.: “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

“La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

“El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

(28) Cfr. VÍTOLO, Daniel R., “Principios generales del Título Preliminar del nuevo Código”, LL del 3/5/2016, p. 1, AR/DOC/980/2016, p. 12.

---

(29) No obstante, es preciso señalar que el principio protectorio de los débiles del mercado no resulta tan solo aplicable en los contratos de consumo. La protección del consumidor se materializa en el marco de una relación de consumo, la cual puede o no tener su origen en un vínculo jurídico derivado de un contrato. En este sentido se ha dicho que la noción de consumidor, se relaciona con el acto de consumo, y no específicamente con la calidad de acreedor o deudor en una obligación o con un contrato particular. Engloba una cantidad de contratos disímiles, de actos jurídicos unilaterales y de hechos jurídicos. (Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª ed. actual., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 16). A su vez, es importante señalar que el principio protectorio

haciéndose referencia en dicha norma, específicamente, a la cuestión vinculada a la incorporación de cláusulas abusivas y al incumplimiento del deber de información en la etapa previa a la celebración del contrato o al momento de su celebración. Es por ello que la regla general consagrada en el art. 7° del ALDC resulta positiva, toda vez que su ámbito de aplicación material y temporal se ha visto ampliado, resultando una regla aplicable no solo en el ámbito de los contratos de consumo, sino que lo es a toda relación de consumo, término que abarca no solo a los contratos, sino a todo tipo de vínculo jurídico respecto del cual pueda encontrarse involucrado o expuesto un consumidor. Piénsese, por ejemplo, en la publicidad, en las prácticas comerciales abusivas, el libramiento de un pagaré de consumo, como actos jurídicos unilaterales que se encontrarían alcanzados por la noción de relación de consumo, como también puede pensarse en hechos jurídicos que generan daños a los consumidores y sean susceptibles de atribuir responsabilidad extracontractual a los proveedores.

Si bien puede decirse que el deber de actuar de buena fe y de ejercicio regular de los derechos a cargo de los proveedores no se encuentra consagrado expresamente y como regla general en el articulado de la LDC vigente, no caben dudas de que puede exigirse en el régimen vigente el cumplimiento de tales deberes a los proveedores de bienes y servicios, en virtud del principio protectorio y recurriendo a la integración normativa a la que invita el art. 3° de la LDC y al diálogo de fuentes consagrado en los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com. No obstante, la consagración del deber legal de actuación de buena fe y de ejercicio regular de los derechos por parte de los proveedores en el marco de una relación de consumo, resulta un acierto del art. 7° del ALDC, que facilitará la integración normativa de las normas del microsistema protectorio de los consumidores con las consagradas en el Cód. Civ. y Com., la Constitución Nacional y en

---

de los consumidores y usuarios tiene sustento constitucional en el art. 42, CN, y por esencia pretende ser una herramienta que garantice un mayor equilibrio en el marco de las relaciones de consumo, a fin de disminuir la asimetría que suele observarse en los vínculos jurídicos entre proveedores y consumidores y usuarios.

los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte.

### **III. Algunos supuestos de aplicación del art. 7° del ALDC**

A continuación, se procederá a analizar una serie de supuestos concretos en donde se verifican incumplimientos por parte de los proveedores de bienes y servicios para con el deber legal de actuar de buena fe o de ejercer sus derechos de manera regular, antes, durante y después de la relación de consumo. Sin ánimo de abarcar la totalidad de los supuestos que podrían presentarse, se tratará de analizar aquellos que suelen ser habituales en las relaciones de consumo, y a los cuales resultará aplicable la norma del art. 7° del ALDC.

En los diferentes supuestos a los que se hará referencia, se podrá observar cómo la buena fe en el ámbito del sistema protectorio de los consumidores y usuarios cumple la función de ser fuente de deberes colaterales de conducta y a su vez, la de ser un límite al ejercicio de los derechos, funciones estas que se ven acentuadas respecto del régimen general, por encontrarse involucrado un sujeto vulnerable como lo es el consumidor en el marco de una relación de consumo.

#### ***III.1. Incumplimiento del deber de información***

El régimen protectorio de los consumidores impone a los proveedores de bienes y servicios el deber de cumplir no solo con lo específicamente acordado con el consumidor o usuario en el contrato de consumo, sino también con deberes legales de conducta, impuestos por las normas de la LDC, las que son de orden público y, por ende, exceden la voluntad de las partes contratantes.

Entre los deberes legales más importantes que impone el estatuto de defensa del consumidor se encuentra el deber de información, que obliga a todo proveedor a "... suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor

y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión” (30).

En igual sentido, autorizada doctrina ha afirmado que el deber de información es un “... deber constitucional y legal de conducta impuesto a quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes y servicios tendiente a despejar la incertidumbre del consumidor o usuario y a que obtenga una precisión lo más real posible sobre sus derechos y las obligaciones que asumirá. Debiendo ser cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz, suficiente y adecuada. Derecho constitucional y legal del consumidor o usuario que le posibilite una decisión selectiva fundada en un marco de mayor libertad” (31). Se trata de uno de los derechos básicos, pues la información adecuada sobre los bienes y servicios es determinante de la protección, tanto de la seguridad como de los intereses económicos de los consumidores. Correlativamente, las deficiencias en la información pueden producir perjuicios a los consumidores en su patrimonio y hasta atinentes a su misma vida y salud (32).

La importancia del derecho a la información que detentan los consumidores y usuarios radica en que a través de la recepción de información, clara, precisa y detallada respecto de las características de determinado bien o servicio, el consumidor puede paliar la vulnerabilidad cognoscitiva que el mismo presenta. Ello debido a que, como regla general, los consu-

midores acuden a la relación de consumo con carencia de conocimientos técnicos respecto del bien o servicio que necesitan para satisfacer alguna necesidad particular. Atento a esta situación, el régimen protectorio de los consumidores y usuarios en el derecho argentino impone, en cabeza de la parte fuerte de la relación consumo, el deber legal de brindar toda la información que resulte necesaria a fin de que el consumidor pueda tomar una decisión consciente respecto del acto de consumo que está por realizar.

La norma del art. 7° del ALDC resultará aplicable en aquellos supuestos en que el proveedor de bienes o servicios no cumpla acabadamente con el deber de información. El incumplimiento del deber de información constituye un obrar de mala fe por parte del proveedor, que agrava la situación de vulnerabilidad del consumidor pudiendo conducirlo a obrar de manera perjudicial para con sus intereses e incluso ocasionarle daños en su patrimonio o persona.

Cabe resaltar que el art. 7° del ADLC impone el deber de obrar de buena fe antes, durante y después de la relación de consumo, circunstancia que también se verifica respecto del deber de información, ya que el proveedor se encuentra obligado a brindar la información que resulte necesaria, antes de que el consumidor decida adquirir el bien o servicio; durante la prestación de los servicios o suministro de bienes e incluso después de concluida la adquisición de los mismos, por ejemplo, al brindar información acerca del servicio técnico de postventa. Es por ello que el art. 7° del ALDC resultará aplicable toda vez que —durante el decurso de la relación de consumo— se pretenda valorar si un proveedor ha cumplido acabadamente con el deber de información, analizándose su proceder a la luz de la buena fe como *standard* de conducta.

Asimismo, el incumplimiento del deber de información puede ser valorado como un supuesto de ejercicio abusivo del derecho por parte de los proveedores, toda vez que estos, en algunos casos, y con el objetivo de ejercer su legítimo derecho de ofrecer sus bienes o servicios en el mercado, incurren en omisiones respecto de informaciones que resultan relevantes para los consumidores, o incluso, proceden a brindar información errónea respecto de las caracte-

(30) Cfr. art. 1100, Cód. Civ. y Com. Cabe decir que el deber de información se encontraba consagrado en el art. 4° de la LDC, sin embargo, mediante la Ley de Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo de la Productivo de la Nación (ley 27.444 del 18/6/2018) se abrogó el art. 169 del decreto de necesidad y urgencia 27/2018 que había modificado el art. 4° de la LDC, por lo que esta norma hoy en día podría sostenerse que se encuentra derogada. Sin embargo, el derecho-deber de información constituye uno de los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios y se encuentra además consagrado en el art. 42 de la Constitución Nacional y el art. 1100 del Cód. Civ. y Com. Al respecto puede verse: IRIGOYEN TESTA, Matías, “Deber de información: derogación del artículo 4° de la Ley de Defensa del Consumidor”, LL del 28/11/2018, AR/DOC/2512/2018.

(31) Cfr. GHERSI, Carlos A., *Diccionario de términos jurídicos más usuales*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009.

(32) STIGLITZ, Rubén, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 565.

terísticas de los productos o servicios, con el fin de tornarlos más interesantes y así captar la mayor cantidad de consumidores. En tales supuestos, no caben dudas de que el proveedor habrá incurrido en abuso del derecho e infringido, en consecuencia, el deber legal establecido por el art. 7° del ALDC.

El ALDC consagra en otras normas supuestos concretos donde se materializa el deber de obrar de buena fe y de ejercer los derechos de manera regular en el cumplimiento del deber de información antes, durante y después de la relación de consumo. Así, el art. 11 del ALDC establece: “El Estado nacional, sus agencias y entes de control y las provincias, así como los proveedores de bienes y servicios, deberán realizar de manera progresiva, todo lo necesario para generar, recopilar, investigar y producir información, inclusive la ambiental pertinente, que sea de interés para la seguridad de los consumidores. Asimismo están obligados a difundirla y ponerla a disposición del público de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible, comprensible y a actualizarla de manera periódica”. La norma del art. 11 del ALDC es un ejemplo concreto de materialización del deber de buena fe con posterioridad a la relación de consumo, circunscripto al cumplimiento del deber de información.

Asimismo, el art. 12 del ALDC regula la obligación general de informar a cargo del proveedor y establece: “En el decurso de la relación de consumo los proveedores están obligados a suministrar al consumidor información clara, precisa, completa, veraz y comprensible respecto de las características esenciales de los bienes y servicios que ofertan o proveen, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante en razón de su naturaleza y particularidades...”. No caben dudas de que el art. 12 del ALDC implica también una materialización del deber de obrar de buena fe, antes, durante y después de la relación de consumo, aplicado en el cumplimiento del deber de información (33).

(33) En este sentido, se ha afirmado en la jurisprudencia: “El deber de información tiene que ser cumplido en la etapa pre-contractual, como al momento de prestar el consentimiento por parte del consumidor o usuario y, además, extenderse durante todo el tiempo que dure la relación contractual” (CContencioso administrativo

A su vez, dentro de la regulación de las prácticas abusivas, el ALDC hace mención a un caso que implica un incumplimiento para con el deber de información y de ejercicio regular del derecho en la etapa precontractual. Así, el art. 22, inc. 7°, establece: “Restricciones a las libertades del consumidor que configuran prácticas abusivas. Están prohibidas las prácticas que condicionan o restringen indebidamente la libertad del consumidor o usuario, en especial...7. Desplegar una conducta engañosa que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta las características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor tome una decisión sobre una contratación que no hubiera realizado o que hubiera efectuado en mejores condiciones”. El caso descrito por la norma del art. 22, inc. 7°, del ALDC configura un incumplimiento del deber de información y de ejercicio regular del derecho por parte del proveedor durante la etapa precontractual, que torna aplicable dicha norma conjuntamente con la norma del art. 7° del ALDC.

### **III.2. Incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de consumo**

La incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de consumo resulta otro supuesto de infracción para con el deber legal de buena fe y de ejercicio regular de los derechos por parte del proveedor de bienes y servicios(34), que torna aplicable también la norma del art. 7° del ALDC.

Se ha afirmado que la cláusula abusiva comporta una transgresión a la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, y al propio tiempo, revela un ejercicio antifuncional de los derechos subjetivos del predisponente, lo determinante para su calificación es el efecto que causa en la ecuación contractual(35), el que se revela

y Trib., sala II, 30/3/2004, “Multicanal SA c. GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones”, expte. 227/0, del voto de la Dra. Nélida M. Daniele con adhesión del Dr. Esteban Centanaro y del Dr. Eduardo A. Russo, sentencia 5742).

(34) Cfr. PERAL, Santiago J., *La regulación de las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial. Sus implicancias sobre la concepción moderna del contrato*, Bibliotex, Tucumán, 2018, ps. 69-74.

(35) Cfr. ZENTNER, Diego H., *Contrato de consumo*, cit., p. 192.

como un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

En igual sentido se afirmó que la utilización de cláusulas abusivas presupone una conducta de mala fe de quien las impone, que lleva a la ruptura del equilibrio contractual. En definitiva, se trata de respetar la “celebración y ejecución” del negocio de buena fe (36), principio consagrado en el art. 961 del Cód. Civ. y Com. (37).

Al sostenerse que la incorporación de cláusulas abusivas en un contrato de consumo implica una infracción al deber legal de obrar de buena fe antes, durante y después de la relación de consumo, resulta importante determinar si la cláusula abusiva requiere desde un punto de vista caracterológico, que constituya una infracción a la buena fe o si, por el contrario, no se hace necesario imponer al consumidor que deba acreditar en juicio que el proveedor ha incurrido en mala fe al predisponer una cláusula abusiva. De ser ello así, autorizada doctrina considera que se constituiría una prueba de imposible producción ya que, la intención (dolo) constituye “un estado de ánimo no susceptible de pruebas directas” y, por tanto, no verificable (38).

Conceptualmente se sostiene que, a los fines de la identificación de una cláusula abusiva, basta con que cause, en detrimento del adherente/consumidor o en beneficio exclusivo del predisponente, un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes, que se derivan del contrato (39).

---

(36) Cfr. CROVI, Luis D., “El contrato de consumo: influencia de su actual regulación en los contratos civiles y comerciales”, RDPyC 2009-435.

(37) Art. 961 del Cód. Civ. y Com.: “Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

(38) STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 308.

(39) STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, cit.

En suma, puede presumirse que la introducción de cláusulas abusivas en un contrato de consumo implica una infracción al principio de buena fe contractual, dado que intrínsecamente persiguen la deliberada intención de dañar los intereses económicos del consumidor, pero ello no implica que tal extremo deba ser acreditado por el consumidor damnificado a fin de obtener la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión, bastando tan solo acreditar la existencia de un desequilibrio significativo e injustificado entre los derechos y obligaciones derivados del contrato (40).

Asimismo, la incorporación de cláusulas abusivas, tanto dentro de un contrato de consumo como de un contrato predispuesto, implica un ejercicio abusivo de la libertad de configuración, llevado a cabo por el proveedor o predisponente que ha dotado de contenido al mismo. Ese tipo de ejercicio abusivo de un derecho no solo colisiona con las normas del ordenamiento jurídico que regulan la cuestión atinente a las cláusulas abusivas, sino que, en primer orden, implica un ejercicio abusivo del derecho, reprobado por los arts. 10(41) y 958(42) del Cód. Civ. y Com.

En este punto, es importante efectuar una distinción respecto de lo que debe entenderse por cláusula abusiva, de aquellas circunstancias en las que se lleva a cabo un ejercicio abusivo de una cláusula contractual que, por sí misma, no reviste el carácter de abusiva, y que, de haber sido ejercida en forma regular la facultad consagrada por la cláusula contractual, no se configuraría un supuesto de abuso de derecho (43).

En este sentido, corresponde traer a consideración lo señalado por la CSJN en un recono-

---

(40) PERAL, Santiago J., *La regulación de las cláusulas abusivas...*, cit., p. 72.

(41) Ver nota al pie 27.

(42) Art. 958 del Cód. Civ. y Com.: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

(43) PERAL, Santiago J., *La regulación de las cláusulas abusivas...*, cit., p. 73.

cido precedente jurisprudencial (44), en el que afirmó que es necesario distinguir entre el derecho y el ejercicio del mismo, ya que una cosa es que el derecho estipulado a favor de una de las partes sea abusivo y otra distinta es establecer que ese derecho fue ejercido en forma abusiva. Lo señalado resulta de vital importancia, ya que en muchas cláusulas contractuales se confieren facultades a las partes contratantes, que, por sí mismas, no resultan abusivas, pero muchas veces son ejercidas en forma abusiva por sus titulares. En el caso concreto, se consideró que la cláusula de rescisión unilateral sin causa no resulta ilícita, en la medida en que se encuentre estipulada a favor de ambas partes contratantes, pero el ejercicio de dicha cláusula debe analizarse de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, a fin de determinar si se incurrió en un ejercicio abusivo de la facultad rescisoria.

Resulta de interés la distinción realizada precedentemente, en razón de que, si bien la introducción de cláusulas abusivas, en el marco de un contrato de consumo o predispuesto, ha de considerarse como un ejercicio abusivo de la libertad de configuración del contrato por parte de quien detenta mayor poder de negociación en él, existen otros supuestos en los que una cláusula contractual valorada en abstracto puede resultar lícita, pero apreciando las circunstancias particulares en las que la facultad conferida por ella fue ejercida, puede llegarse a la conclusión de que hubo un ejercicio abusivo del derecho, el que, a la luz de las disposiciones normativas citadas anteriormente, resultará igualmente reprobado por el ordenamiento jurídico.

En virtud de lo señalado precedentemente, no caben dudas de que la norma del art. 7° del ALDC es susceptible de ser invocada en aquellos casos en donde se verifique la incorporación de una cláusula abusiva en un contrato de consumo, toda vez que su incorporación por parte del proveedor predisponente implica un

incumplimiento para con su deber de obrar de buena fe antes, durante y después de la celebración del contrato, como así también, configura un ejercicio abusivo de su libertad de configuración del contenido contractual.

Cabe decir también que, ante supuestos de incorporación de cláusulas abusivas, resultará aplicable tanto el art. 7° del ALDC —como regla general— como las restantes normas de protección contractual del consumidor que presenta el ALDC, entre las que se puede destacar a los arts. 35 (45); 37 (46); 40 (47) y 41 (48). Todo ello en función del diálogo de fuentes establecido por el art. 28 (49) del ALDC.

### III.3. Publicidad ilícita. Prácticas abusivas

La norma del art. 7° del ALDC resulta aplicable también a los supuestos en los que el proveedor, con el objetivo de acercar sus bienes o servicios a los consumidores y usuarios, recurre a la utilización de mecanismos de publicidad

(45) Art. 35, ALDC: “Contrato de consumo. Principio de obligatoriedad. Los contratos de consumo obligan dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Los jueces tienen facultades para morigerar o revisar sus estipulaciones cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecte el orden público”.

(46) Art. 37, ALDC: “Principios generales y contrato de consumo. El juez deberá ponderar especialmente en las diferentes etapas del contrato de consumo y para su integración a los principios de respeto de la dignidad de la persona humana, buena fe, confianza, ejercicio regular de un derecho y orden público de protección, entre otros. En condiciones de hipervulnerabilidad del consumidor, cabe acentuar lo aquí previsto”.

(47) Art. 40, ALDC: “Protección antecontractual. Los consumidores tienen en las situaciones antecontractuales y en la etapa previa a la conclusión del contrato o su celebración, derecho a la protección de sus intereses económicos, a la seguridad, al trato equitativo y digno, y a la información.

Los proveedores serán responsables frente al consumidor por la violación de estos derechos y los daños que generen”.

(48) Art. 41, ALDC: “Nulidad. En caso de que el proveedor viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas”.

(49) Ver nota al pie 4.

(44) CS, 4/8/1988, “Automóviles Saavedra SA c. Fiat Argentina SA”, publicado en LL 1989-B-4, con nota de Antonio BOGGIANO, LL Córdoba 1989-693, con nota de Juan C. HARIRI, Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civ. y Com. - Luis F. O. Leiva Fernández, 702 - Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Ricardo Luis Lorenzetti, 266, DJ1988-2, 693, AR/JUR/1579/1988, p. 2.

ilícitos, los que en muchos casos constituyen una verdadera práctica comercial abusiva. Ello en razón de que la publicidad ilícita configura un supuesto de violación del deber de obrar de buena fe y un ejercicio abusivo del derecho por parte de los proveedores de bienes y servicios.

Se ha definido a la publicidad como una forma de comunicación producida por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación o el suministro de productos o servicios (50). Puede advertirse claramente que existe un aspecto relativo a la emisión de un mensaje comunicacional por parte de una persona física o jurídica, lo que lleva a determinar si constituye un aspecto de la libertad de expresión. En segundo lugar, este mensaje contiene una finalidad comercial, lo que hace que constituya una subcategoría de la expresión, con una protección mucho más tenue (51).

La publicidad, tal como está pensada, diseñada e instrumentada, tiende a alcanzar su propósito persuasivo sobre una masa de consumidores de espectro diverso. Beneficiada por los aportes de psicólogos, sociólogos, especialistas en marketing, los llamados creativos, etc., y la fuerza potenciadora de los medios de comunicación masiva, la publicidad es ya un producto en sí mismo, que incorpora su propia sustancia al bien o servicio que promociona (52).

No obstante considerar que resulta deseable el ofrecimiento de información suficiente

(50) MOROSINI, Fábio, “Visões acerca do novo direito da comunicação de massa”, em *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, RT, São Paulo, abri-jun. de 2004, ps. 182-214. Actualmente, cabe traer a consideración que la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, en su art. 4º entiende por publicidad a: “Toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones”.

(51) LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, cit., ps. 182-183.

(52) JAPAZE, María Belén, *Sobreendeudamiento del Consumidor. Remedios preventivos y de saneamiento*, 1ª ed., Bibliotex, Tucumán, 2016, p. 235.

acerca del bien o servicio comercializado en el mensaje publicitario (53), no parece ser este el propósito que define la esencia de la publicidad. En un estado ideal de cosas la publicidad debería cumplir una finalidad informativa.

Si bien la información encuentra en la actividad publicitaria un canal de expresión natural, debe admitirse que responden a funciones y objetivos esencialmente diversos. La información apunta a ilustrar, a iluminar, al discernimiento, a aportar datos objetivos, veraces y suficientes al consumidor respecto de los bienes o servicios ofrecidos. La publicidad, por su parte, orienta sus esfuerzos hacia la persuasión, la seducción y la captación del público. Precisamente, al hacer un paralelo entre ambas nociones, Kemelmajer de Carlucci señala que “se ha comprobado que la eficacia persuasiva de la publicidad es, como regla, directamente proporcional a la escasez de información (54).

Es así como puede afirmarse que la publicidad cumple un rol de suma importancia en el ámbito de las relaciones de consumo, toda vez que se constituye en muchos casos en la primera y única información que recibe el consumidor, que en algunas ocasiones resulta suficiente para conducirlo a contratar un bien o servicio determinado. La cuestión relativa a la publicidad adquiere aún más relevancia cuando se analiza que las negociaciones previas a los contratos de consumo resultan prácticamente inexistentes, toda vez que el consumidor se ve movilizado principalmente por sus impulsos, incentivados en gran medida por la publicidad, la que como regla adolece de la información que el consumidor necesita para tomar un decisión razonada sobre el bien o servicio en particular (55).

(53) MORELLO, Augusto M. - STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., “Información al consumidor y contenido del contrato”, en STIGLITZ, Gabriel A., *Derecho del Consumidor*, 5, Juris, Rosario, 1993, ps. 151 y ss.

(54) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Publicidad y consumidores”, en RDPyC 1994-5-66.

(55) Sobre esta cuestión cabe traer a consideración lo señalado por Lorenzetti: “... el modelo de ‘oferta-aceptación’ del contrato clásico está elaborado sobre la base de un contratante interesado en la adquisición de un bien que no posee: alguien desea comprar una cosa o un bien y realiza una oferta que la otra parte acepta o no... Este procedimiento cambió sustancialmente en la sociedad

En virtud de lo señalado precedentemente, puede decirse que cuando se analiza la cuestión relativa a la publicidad dirigida a consumidores y usuarios, se encuentran involucrados, por un lado, el derecho a la libertad de expresión de los proveedores y, por otro lado, el derecho a la información y a un trato equitativo y digno de los consumidores y usuarios. En este sentido, habrá de tenerse en cuenta la norma del art. 7º del ALDC, para aquellos casos en donde el proveedor incurra en un abuso de derecho, al recurrir a publicidades ilícitas con el fin de hacer llegar sus bienes o servicios a una mayor cantidad de consumidores o usuarios.

El Cód. Civ. y Com. regula en su art. 1101 algunos supuestos de publicidad ilícita dirigida a consumidores y usuarios. El primer supuesto contenido en la norma antes mencionada se refiere a la publicidad engañosa, habiéndose definido por tal, aquella que “induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar sus decisiones de modo positivo, lo que incluye la presentación misma de la publicidad, de modo negativo por silenciar información fundamental relativa a los bienes o servicios objeto de la misma (56). En tal sentido se afirmó que la publicidad engañosa tiene “la capacidad real

de consumo, y por ello muda también el modelo legal. La demanda es creada por la publicidad, el marketing... El consumidor, en muchos casos, no compra porque necesita ni es la necesidad la que crea la oferta; es a la inversa, *la oferta crea la necesidad*. Se compra porque se vio una buena publicidad, porque se desea un status particular al que va asociado el producto...” (cfr. LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, cit., p. 155). También se ha dicho que “el mercado de bienes y servicios se caracteriza por la utilización de instrumentos, como la publicidad, con los que los empresarios aproximan sus ofertas a los consumidores. Estos instrumentos cuando acogen la forma de comunicaciones comerciales pueden quedar acogidos dentro del concepto de publicidad. Es sabido que la publicidad tiene una incidencia en el comportamiento económico y negocial de los consumidores en el mercado y en el tráfico jurídico, y en un mercado de libre competencia la publicidad incita al consumidor y promueve la contratación de bienes y servicios” (GARCÍA SAIS, Fernando, *Derecho de los consumidores a la información. Una aproximación a la publicidad engañosa en México*, Porrúa, México, 2007, ps. 14 y 15).

(56) Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*, cit., p. 163; Morales Moreno, A. M., “Información publicitaria y protección del consumidor. (Reflexiones sobre el art. 8º de la LGCU)”, en *La modernización del*

o potencial de generar en el consumidor un estado de error, o confusión respecto del producto que va a consumir, y que puede direccionarse en creencias equivocadas sobre las bondades del producto, su calidad, prestaciones distintas a las ofrecidas, o en general, cualquier dato que de ser conocido hubiera motivado la no adquisición del bien o servicio” (57).

La norma del art. 1101, inc. a), del Cód. Civ. y Com., por su parte, califica a la publicidad engañosa (58) cuando tenga indicaciones falsas o pueda inducir a error, especificándose que será tal cuando la falsedad o engaño recaiga “sobre elementos esenciales del producto o servicio”. En lo que interesa, el mensaje publicitario engañoso que incita o impulsa a contratar conduce a la insatisfacción del interés contractual del consumidor, quien tiene un legítimo derecho a decidir el acto de consumo sobre la base de una información veraz (59).

Cabe decir que el derecho tutelado en materia de publicidad engañosa es el derecho a la información de los consumidores, que conforme a las disposiciones constitucionales y legales (art. 42, CN, y art. 1100, Cód. Civ. y Com., entre otros), debe ser adecuada, veraz, cierta, clara, detallada, gratuita, comprensible, transparente y oportuna con la protección de la confianza y las legítimas expectativas de los consumidores frente a las apariencias o falsas representaciones provocadas por el proveedor. Si bien la

*derecho de las obligaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 227.

(57) TAMBUSI, Carlos E., “Contrato de consumo”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. 1, p. 635.

(58) En el derecho argentino la ley 22.802 de Lealtad Comercial fue la primera norma que estipuló la prohibición de esta ilicitud publicitaria en su art. 5º, al establecer: “Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción”.

(59) DE LA CUESTA RUTE, José María, “La Directiva de la CEE sobre publicidad engañosa”, en *Estudios sobre Consumo*, nro. 7, abril 1986, p. 89. Cita en: STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*, cit., p. 166.



publicidad combina información y “seducción” y muchas veces en la seducción se resaltan las bondades y se disimulan los defectos, cierto es que el proveedor debe obrar de buena fe y conforme al principio de transparencia; no podría en el mensaje publicitario emplear aseveraciones falsas, incompletas u oscuras, omitir datos relevantes, generar impresiones erróneas sobre el producto promocionado o crear expectativas que este no puede satisfacer bajo pena de considerarse su publicidad como engañosa (60).

El segundo supuesto de publicidad ilícita previsto en el art. 1101, inc. b), del Cód. Civ. y Com. se refiere a la publicidad comparativa, mediante la cual los proveedores, con la finalidad de obtener clientela de su competidor, utilizan medios para confrontar productos, bienes o servicios, pero no lo hacen de forma leal, verídica u objetiva (61). Esta modalidad de publicidad ilícita ha sido definida como “aquella en la que el anunciante coteja su oferta o producto con los de otros competidores, con el fin de resaltar las ventajas del propio, siendo determinante para su licitud que se realice sobre parámetros comprobables, objetivos o ciertos” (62). En este supuesto de publicidad ilícita también el derecho tutelado es el derecho a la información de los consumidores.

El tercer supuesto previsto por la norma del art. 1101, inc. c), del Cód. Civ. y Com. se refiere a la publicidad, ya sea abusiva o discriminatoria, que sea un medio potencial para que el consumidor actúe de manera peligrosa para su salud o seguridad. Al respecto, la doctrina invita a pensar en aquellas publicidades de camionetas en las cuales se demuestra sus características para vadear terrenos difíciles o superar obstáculos imprevistos (63).

(60) BAROCELLI, Sebastián, “La regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho del Consumidor*, nro. 1, noviembre de 2016, IJ Editores, IJ-CCNI-180.

(61) Cfr. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial, comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V, p. 854.

(62) TAMBUSI, Carlos E., “Contrato de consumo”, cit., t. 1, p. 635.

(63) Cfr. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial, comentado. Tratado exegético*, t. V, p. 855.

Se puede caracterizar a las publicidades abusivas como aquellas que se basan e insisten en emociones, motivaciones y sugerencias directas, apelan al vértigo y a la discriminación, a los miedos, creencias, generan o exacerban ansiedades, directamente o a través de mecanismos subliminales (64).

A diferencia de los dos supuestos de publicidad ilícita analizados anteriormente, en este último la doctrina ha considerado que se encuentra vulnerado principalmente el derecho al trato digno y equitativo del consumidor, garantizado por el art. 42 de la CN, el art. 8° bis de la LDC, los arts. 1097 y 1098 del Cód. Civ. y Com. y el conjunto de derechos, principios y valores reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional conforme al art. 75, inc. 22, CN (65). Además, puede afirmarse que con la prohibición de la publicidad abusiva se protege también el derecho a la seguridad del consumidor en el marco de una relación de consumo (arts. 5° y 6° de la LDC).

Cabe señalar que el ALDC regula las prácticas abusivas entre los arts. 19 y 27, haciendo mención a casos que configuran supuestos de infracción al deber de buena fe y ejercicio regular del derecho que pueden materializarse a través de publicidades ilícitas. Así, el art. 20 del ALDC establece como principio general que los proveedores deben “... abstenerse de desplegar conductas que los coloquen en situaciones vergonzantes, vejatorias, intimidatorias o cualquier otra que resulte restrictiva de sus derechos fundamentales”, situación que podría verificarse a través de una publicidad abusiva, conducta que infringiría también la regla general del art. 7° del ALDC.

Puede mencionarse también, entre las prácticas abusivas que restringen la libertad de los consumidores y usuarios, la prohibida por el art. 22, inc. 7°, del ALDC, consistente en: “Desplegar una conducta engañosa que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta las características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor tome una decisión sobre una

(64) Cfr. PEREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derecho social del consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 403.

(65) BAROCELLI, Sebastián, “La regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial”, cit.

contratación que no hubiera realizado o que hubiera efectuado en mejores condiciones”. La conducta prohibida por la norma podría materializarse sin inconvenientes a través de una publicidad engañosa, conducta que no caben dudas infringiría también la regla general de conducta consagrada en el art. 7° del ALDC.

Otras conductas que pueden llevar adelante los proveedores a través de algún tipo de publicidad ilícita, que configure a su vez un avasallamiento para con el deber legal impuesto por el art. 7° del ALDC, son las prácticas abusivas reguladas en los incisos 2° y 3° del art. 26 del ALDC, consistentes en: “Desplegar conductas que de modo directo o indirecto estereotipen, promuevan o estimulen patrones socioculturales sustentados sobre la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” y “Llevar adelante cualquier estrategia de comercialización o contratación que pueda significar un menoscabo a la intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad del consumidor”.

A la luz de todo lo expuesto precedentemente, puede observarse que resulta de vital importancia que el proveedor —en oportunidad de publicitar sus bienes o servicios— cumpla con el deber de actuar de buena fe y de abstenerse de incurrir en abuso de derecho consagrado en el art. 7° del ALDC, toda vez que la publicidad constituye uno de los principales medios por los cuales los consumidores reciben información respecto del bien o servicio que van a contratar, por lo que resulta esencial que el proveedor brinde información veraz y suficiente a través del medio publicitario, sin pretender aprovecharse de la situación de vulnerabilidad cognoscitiva en la que se encuentra el consumidor destinatario del mensaje publicitario.

Asimismo, queda claro en virtud de lo señalado precedentemente, que a través de la publicidad pueden infringirse además del derecho a la información, el derecho al trato digno y seguridad de los consumidores. Por lo tanto, la norma del art. 7° del ALDC se presenta como una regla general de utilidad para analizar si un proveedor se ha abusado —a través de la publicidad— en el ejercicio de su legítimo derecho de libertad de expresión. La existencia de normas o principios generales, como el consagrado en el art. 7° del ALDC, reviste gran importancia para abarcar a

todos aquellos supuestos de abuso de derecho no previstos específicamente por la ley.

#### IV. Conclusión

En el presente comentario se abordó el análisis de la norma del art. 7° del ALDC, a través de un enfoque dialoguista con las demás normas integrantes del sistema protectorio de los consumidores y usuarios, resaltando lo valioso de la incorporación de normas y principios de carácter general dentro del ALDC. Ello en virtud de que este tipo de normas le brinda flexibilidad al sistema, evitando que quede encasillado en una regulación casuista, que pueda dejar al margen de protección a supuestos no previstos expresamente por la ley.

Dada la amplitud del ámbito de aplicación de la norma en comentario, se optó por integrar su aplicación con algunos supuestos concretos y de particular relevancia práctica, en donde se configura un avasallamiento por parte de los proveedores para con el deber legal de obrar de buena fe y de ejercicio regular de sus derechos. En el abordaje de los supuestos de aplicación de la norma del art. 7° del ALDC, se hizo referencia a casos ahora previstos expresamente por el Anteproyecto y que están llamados a integrarse normativamente con las reglas y principios generales, en virtud del diálogo de fuentes que ahora también pasa a tener su consagración expresa en el régimen tuitivo de los consumidores, al haber sido regulado en el art. 28 del ALDC.

Como corolario, cabe señalar que se celebra la amplitud y trascendencia de los principios y reglas generales incorporados en el ALDC, en virtud de la importancia que revisten en el derecho del consumidor, no solo por el hecho de presentar esta rama del derecho una marcada vocación de ruptura respecto de las normas y principios del derecho común, sino también por el hecho de que la mayoría de dichos principios generales carecían de recepción normativa en la LDC, por lo que su incorporación en el Anteproyecto resulta por demás valiosa. No caben dudas de que de esta manera se favorece la necesaria integración normativa entre el sistema protectorio de los consumidores y usuarios y el resto del ordenamiento jurídico argentino, en particular, con el régimen del contrato de consumo regulado en el Cód. Civ. y Com.

# El acceso a la información pública en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: un nivel avanzado en materia de protección en las relaciones de consumo

---

MARCELA I. BASTERRA (\*)

*“Art. 8. — Acceso a la información. Esta ley garantiza el acceso a la información. En tal sentido:*

*“1. Los consumidores, las asociaciones de defensa del consumidor, el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de los municipios, así como también los Ministerios públicos podrán acceder a la información de interés general para el consumidor que se encuentre en poder del Estado nacional, sus agencias autárquicas, entes de control y empresas del Estado nacional, provincias, municipios y comunas, de acuerdo con el principio de máxima publicidad. Respecto de otras personas jurídicas públicas o privadas, el acceso a la información debe adecuarse al principio de respeto de la propiedad y los derechos individuales;*

*“2. El Estado nacional, las provincias y los municipios garantizarán este derecho en condiciones de celeridad y mediante mecanismos eficaces a tales fines, de conformidad con los estándares internacionales en materia de derecho de acceso*

*a la información. Se garantizarán asimismo condiciones especiales para favorecer el acceso a la información de grupos hipervulnerables;*

*“3. El ejercicio de este derecho comprende: a) solicitar y recibir información de las personas precedentemente indicadas, sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se solicita; b) ser informado en forma expedita sobre si la información peticionada obra o no en poder de la persona que recibe la solicitud, y del derecho a impugnar y recurrir la negativa a informar y de los requisitos para ejercer ese derecho;*

*“4. La solicitud de acceso deberá ser evacuada en el plazo de treinta días contados desde su presentación. La información deberá ser entregada en el formato solicitado de manera gratuita. Si no estuviera disponible en ese formato deberá proporcionarse en el que existiere. La solicitud se rige por el principio de informalidad;*

*“5. Para el supuesto de acceso a la información pública y en todo lo que aquí no se regule de manera diferente o se oponga a la presente, rige lo dispuesto en la Ley N° 27.275, o la que en el futuro se dicte”.*

## **I. El derecho a la información en materia de consumo**

El art. 8° del Anteproyecto de Ley de Defensa al Consumidor consagra el derecho de acceder a la información de interés general en materia

---

(\*) Doctora en Derecho (UBA). Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP). Posgrado en Derecho Público (UP). Ex presidenta del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Codirectora Académica del Posgrado de Actualización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (UBA). Profesora de Grado, Posgrado y Doctorado en numerosas Universidades nacionales y extranjeras. Es autora de numerosas obras. Ha escrito más de un centenar de artículos en revista de su especialización. Ha dado más de cien conferencias.

de consumo, en sintonía con lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional (1).

Esta prerrogativa encuentra su justificativo en la necesidad de evitar fraudes, engaños y manipulaciones, para efectivizar la protección jurídica del consumidor, quien resulta ser siempre el sujeto vulnerable debido a la complejidad de los bienes y servicios y a las técnicas utilizadas para conseguir la contratación. Habitualmente evidenciamos una serie de publicidades no informativas transmitidas en los distintos canales de comunicación con el objeto de inducir al consumidor a adquirir productos en forma masiva.

El mercado actual se encuentra atravesado por una asimetría informativa, toda vez que los sujetos que integran la relación de consumo no cuentan con la misma cantidad ni calidad de información. En este contexto, es la voluntad del consumidor la que a veces se encuentra viciada al no contar con datos completos y veraces sobre las políticas de contratación. De esta forma, se construye una brecha informativa que favorece la posición de subordinación en la que este se encuentra.

Las desventajas que caracterizan a la relación de consumo generan que el derecho de acceso a la información sea indispensable para combatir las debilidades económicas presentes en esta relación asimétrica. Es por eso que el Estado tiene la obligación de poner a disposición determinados datos a fin de revertir esta desigualdad y preservar la libertad de decisión.

Advirtiendo la necesidad de garantizar efectivamente esta prerrogativa, el Anteproyecto le otorga —con acierto— un contenido más amplio que otras legislaciones. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España (2), en el art. 8º legisla este derecho con un contenido más específico al señalar que “Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: (...) d. La información correcta sobre

los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”. La redacción de la normativa en análisis no limita el acceso a determinadas materias, sino que prevé un contenido más extenso al expresar que los sujetos habilitados tendrán derecho a la información de interés general para el consumidor, generando consecuentemente una protección jurídica a mayor número de personas.

Por un lado, esta disposición regula una amplia legitimación activa habilitando a “los consumidores, las asociaciones de defensa del consumidor, el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias, de los municipios, y los Ministerios público”; por el otro, los obligados a dar la información solicitada, en principio, son: “el Estado nacional, sus agencias autárquicas, entes de control y empresas del Estado nacional, provincias, municipios y comunas”. Sin embargo, entendemos que la legitimación pasiva puede ser interpretada de manera más amplia, en virtud de lo dispuesto en la parte final de la norma que prevé: “Respecto de otras personas jurídicas públicas o privadas, el acceso a la información debe adecuarse al principio de respeto de la propiedad y los derechos individuales”.

Debemos destacar que los términos en los cuales el anteproyecto regula este derecho cumplen con los máximos estándares que se han elaborado por los instrumentos internacionales aplicables a la materia, dado que incorpora los principios de celeridad, eficiencia, máxima publicidad e informalidad.

Acertadamente, la legislación en análisis prevé que el interesado en ejercer esta prerrogativa no deberá justificar las razones que lo motivan ni indicar algún interés especial, receptando así el criterio normativo y jurisprudencial que rige en esta materia. En efecto, en el precedente “Garrido c. Estado Nacional - AFIP”, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “(...) existe un importante consenso normativo y jurisprudencial en cuanto a que la legitimación para presentar solicitudes de acceso debe ser entendida en un sentido amplio, sin necesidad de exigir un interés calificado del requirente” (3).

(1) Constitución Nacional, art. 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

(2) Publicada en BO del Estado de España el 30/11/2007.

(3) CSJN, 21/6/2016, “Garrido, Carlos Manuel c. EN - AFIP s/amparo ley 16.986”, considerando 4º.

## II. Principio de máxima publicidad

El inc. 1º del art. 8º establece que el acceso a la información deberá cumplir con el principio de máxima publicidad, en sentido concordante con la Ley Nacional de Derecho de Acceso a la Información Pública (4) que en su art. 1º consagra también esta premisa.

La regla general es la publicidad, la denegatoria o secreto es la excepción. Toda información se presume pública y debe estar disponible para conocimiento de quien la solicite, salvo que corresponda a materias calificadas de reserva, debiendo el Estado o la entidad poseedora de la información, probar que se encuentra comprendida en una de las excepciones previstas en la ley (5).

En esta línea, varios países se han manifestado en sus respectivas legislaciones. Así, la ley de Chile sobre Acceso a la Información Pública (6), en el art. 11, inc. d), expresa que los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles y solo limitarla por las excepciones constitucionales o legales.

Al analizar este parámetro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en el “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile” que “(...) en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”. Agregando, que “Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos” (7).

En los Estados Unidos rige la *Freedom of Information Act* (8) que prevé como regla general

que toda la información que se encuentre en manos del Estado es por naturaleza del pueblo. En consecuencia, obliga a las oficinas públicas a organizar la información para que pueda ser consultada por el público, quedando solo exceptuados los datos sobre seguridad nacional o aquellos cuya divulgación, según el Congreso, pueda ser perjudicial (información comercial, datos personales). Complementariamente, establece que cualquier persona puede acceder a los datos estatales que no son “reservados” (9).

Por último, este principio también se incluye dentro del texto de la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública de la Organización de Estados Americanos (10). Según el art. 2º, la normativa garantiza la más amplia aplicación del derecho de acceso a la información que la autoridad pública posea, custodie o controle.

Sin lugar a dudas, este lineamiento es una de las herramientas conceptuales más importante a la hora de interpretar este derecho. Teniendo en cuenta que la información generada y controlada por el Estado no es de propiedad privada, sino que es parte de la *res pública*, su conocimiento y potencial uso incumbe a la sociedad en su conjunto.

La máxima divulgación o publicidad genera que las excepciones a esta prerrogativa sean de carácter restrictivo, tal como lo establece el anteproyecto en el art. 9º, *in fine*. En consecuencia, en caso de duda razonable deberá siempre optarse por privilegiar la publicidad de la información.

## III. Las condiciones especiales para los grupos hipervulnerables

El inc. 2º debe ser analizado en concordancia con el art. 5º de la ley, que establece: “Principio

(4) Ley 27.275 publicada en el BO el 29/9/2016.

(5) BASTERRA, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia. Ley 27.275 y decreto reglamentario 206/17. Comentados, anotados y concordados*, Astrea - Jusbairens, Buenos Aires, 2017, p. 29.

(6) Ley 20.285, publicada en el BO de Chile el 20/8/2008.

(7) Corte IDH, 19/9/2006, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, serie C nro. 151, párrs. 92-93.

(8) “The Freedom of Information Act”. Ley de Libertad de Información de los Estados Unidos de América, títu-

lo V, USC —Código de los Estados Unidos—, sección 552, (modificada mediante ley 104-231, 110 Estatuto 3048).

(9) BASTERRA, Marcela I., “El derecho fundamental de acceso a la información pública”, en BASTERRA - ESPINOSA - SALDAÑANA BARRERA (dirs.), *El derecho de acceso a la información pública en Iberoamérica*, Adeus, Lima, Perú, p. 359.

(10) Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información de la OEA, aprobada por AG/RES. 2607 (XL-O/10), del 8/6/2010, disponible en [www.oas.org](http://www.oas.org).

de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad. El sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad, entre otras (...):

La cuestión de la hipervulnerabilidad del consumidor fue creada por el derecho comunitario europeo cuando en la directiva 2005/2009 (11) se hace referencia a esta categoría de consumidor, para diferenciarlo claramente del consumidor medio. Se han elaborado diferentes términos tales como “subconsumidores”, “infraconsumidores”, “consumidores especialmente frágiles”, “consumidores hipo suficientes”, todos ellos para hacer alusión a aquellos “a los que a la vulnerabilidad estructural de su condición de tales se le suma otra, vinculada a su edad, condición psicofísica, de género, socioeconómica o cultural o a otras circunstancias permanentes o transitorias” (12).

Las condiciones sociales y culturales que atraviesan al grupo en un tiempo y lugar determinado generan que sean sujetos de especial protección por el derecho del consumidor, razón por la cual el Estado tiene la obligación de generar condiciones específicas para que efectivamente puedan ejercer su derecho de acceso a la información. Por lo tanto, considerar a un sujeto dentro de un colectivo hipervulnerable produce consecuencias jurídicas sustanciales y procesales, pero también en materia de políticas públicas.

Si bien la ley 24.240 (13), en el art. 60, hace referencia a consumidores y usuarios que se encuentren en una situación desventajosa, no encontramos en el derecho argentino una

mención expresa a estos colectivos vulnerables, máxime teniendo en cuenta que esta norma fue reformada por la ley 27.467 en el año 2018 y no los abarca expresamente (14).

Se interpretará, con toda lógica, que la ley de defensa del consumo es la que mejor protege a los consumidores, por lo que debemos reconocer que resulta beneficiosa la incorporación expresa de la tutela al colectivo hipervulnerable, en estos términos, como lo hace el anteproyecto en estudio. Así, se satisface la justa demanda que la doctrina argentina (15) hace en relación a la defensa jurídica de estos grupos.

Acertadamente, se incorpora la categoría de hipervulnerabilidad para garantizar el adecuado cumplimiento del deber de información. La situación en la que se encuentran los grupos sociales en esta condición, obliga al Estado a implementar programas públicos específicos orientados a satisfacer sus necesidades básicas e intereses económicos.

#### IV. El plazo

Para garantizar el derecho de acceso a la información es muy importante que los datos proporcionados sean entregados oportunamente. En consecuencia, ninguna duda cabe acerca de la necesidad de establecer plazos determinados, acotados y razonables, para resolver las solicitudes.

Haciendo hincapié en los mejores estándares en la materia, se ha señalado: “En tanto la solicitud responde a una necesidad del requirente, deviene necesario que los tiempos de entrega sean compatibles con la preservación del valor de la información. La mera entrega de lo solicitado pierde sentido si su demora impide utilizar la información obtenida para el fomento del ejercicio de otros derechos. Por lo tanto,

(11) Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, disponible en <https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf>.

(12) BAROCELLI, Sergio S., “Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio”, publicado en LL del 23/3/2018, p. 1, AR/DOC/523/2018.

(13) Ley de Defensa del Consumidor, publicada en el BO el 15/10/1993, reformada por ley 27.467 publicada en el BO el 4/12/2018.

(14) Texto según ley 26.631 publicada en el BO el 7/4/2008.

(15) BAROCELLI, Sergio S., “Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio”, cit., p. 12, expresa: “Es el Derecho del Consumidor, con su fuerza humanista y protectora de la dignidad, el que debe tomar la problemática de los consumidores hipervulnerables en el eje de sus debates centrales y promover que las autoridades públicas adopten las medidas adecuadas para visibilizar sus problemáticas, garantizar sus derechos, y defender sus intereses con justicia y equidad”.

el establecimiento de plazos —tanto para la entrega como para la habilitación de las distintas vías de reclamo— permite asegurar que el derecho de acceso a la información pública cumpla su faceta instrumental” (16).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado, que “(...) el artículo 13 de la Convención Americana, al amparar el derecho de las personas a acceder a la información en poder del Estado, establece una obligación positiva para éste de suministrar de manera oportuna, completa y accesible la información solicitada o, en su defecto de aportar en un plazo razonable las razones legítimas que impiden al acceso”.

Si analizamos las leyes de otros Estados, es una constante la previsión de límites temporales breves para la respuesta. No obstante que varían según los casos, van desde los quince días hábiles, como lo establece la legislación en materia de acceso a la información del Paraguay (17), a veinte días hábiles según lo instituyen las leyes chilena (18) y uruguaya (19), y a un

(16) SECRETARÍA DE ASUNTOS POLÍTICOS E INSTITUCIONALES, MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA DE LA NACIÓN, *Ley de Acceso a la Información Pública. Comentada*, Buenos Aires, Secretaría de Asuntos Políticos e Institucionales, Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación, 2016, p. 29.

(17) Ley 5282, “De Libre Acceso Ciudadano a la Información Pública y Transparencia Gubernamental”, publicada en la *Gaceta Oficial de la República del Paraguay*, el 19/9/2014, artículo 16: “Plazo y entrega. Toda solicitud deberá ser respondida dentro del plazo de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente de la presentación. La información pública requerida será entregada en forma personal, o a través del formato o soporte elegido por el solicitante”.

(18) Ley 20.285, “Sobre Acceso a la Información Pública”, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, el 20/8/2008, art. 14: “La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, deberá pronunciarse sobre la solicitud, sea entregando la información solicitada o negándose a ello, en un plazo máximo de veinte días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos del artículo 12. Este plazo podrá ser prorrogado excepcionalmente por otros diez días hábiles, cuando existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, caso en que el órgano requerido deberá comunicar al solicitante, antes del vencimiento del plazo, la prórroga y sus fundamentos”.

(19) Ley 18.381, “Derecho de Acceso a la Información Pública”, publicada en el *Diario Oficial de la República*

mes en los casos del régimen panameño (20) y del español (21).

En cuanto a la legislación argentina, el art. 11 (22) de la ley 27.275 prevé que el requirente debe satisfacer el pedido de acceso en un plazo de quince días hábiles, el que podrá prorrogarse “en forma excepcional” por otros quince días.

Algunas leyes extranjeras que regulan la materia advierten la posibilidad de prorrogar el

*Oriental del Uruguay*, el 7/11/2008, artículo 15: “(Plazos). Cualquier persona física o jurídica podrá formular la petición de acceso a la información en poder de los sujetos obligados. Ante la petición formulada por el interesado, el organismo requerido está obligado a permitir el acceso o, si es posible, contestar la consulta en el momento en que sea solicitado. En caso contrario tendrá un plazo máximo de veinte días hábiles para permitir o negar el acceso o contestar la consulta. El plazo podrá prorrogarse, con razones fundadas y por escrito, por otros veinte días hábiles si median circunstancias excepcionales”.

(20) Ley 6, “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de habeas data y otras disposiciones”, publicada en la *Gaceta Oficial de Panamá*, el 23/1/2002, artículo 7º: “El funcionario receptor tendrá treinta días calendario a partir de la fecha de la presentación de la solicitud, para contestarla por escrito y, en caso de que ésta no posea el o los documentos o registros solicitados, así lo informará. (...) De tratarse de una solicitud compleja o extensa, el funcionario informará por escrito, dentro de los treinta días calendario antes señalados, la necesidad de extender el término para recopilar la información solicitada. En ningún caso, dicho término podrá exceder de treinta días calendario adicionales”.

(21) España, ley 19/2013, “De transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, 10/12/2013, artículo 20: “Resolución. 1. La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver (...)”.

(22) Ley 27.275, artículo 11: “Plazos. Toda solicitud de información pública requerida en los términos de la presente ley debe ser satisfecha en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles. El plazo se podrá prorrogar en forma excepcional por otros quince (15) días hábiles de mediar circunstancias que hagan razonablemente difícil reunir la información solicitada. En su caso, el sujeto requerido debe comunicar fehacientemente, por acto fundado y antes del vencimiento del plazo, las razones por las que hace uso de tal prórroga. El peticionante podrá requerir, por razones fundadas, la reducción del plazo para responder y satisfacer su requerimiento”.

plazo de entrega, en la medida en que exista una justificación, debiendo notificarse al requirente. La ley de Chile(23) considera como causal para instar a la extensión del plazo, que se den circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, al igual que nuestra normativa local; en el mismo sentido lo hace la ley española (24).

En este sentido, entiendo que el plazo determinado en el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Defensa al Consumidor, si bien es razonable, podría optimizarse, ya sea estableciendo el mismo plazo de la ley nacional de acceso a la información, con su debida prórroga; o al menos, determinar expresamente en el art. 8º, 4º párrafo, que los treinta días son días hábiles.

Sin duda, sumaría a los buenos estándares que el proyecto tiene, su incorporación al sistema del principio de máxima premura consagrado en el art. 1º de la ley 27.275.

## V. Los principios de gratuidad e informalidad

El art. 8º, en el inc. 4º, establece que la información deberá ser entregada de manera gratuita en el formato solicitado, en concordancia con la mayoría de legislaciones que regulan la materia(25): En tal sentido, la Ley Modelo de

(23) Ley 20.285, “Sobre Acceso a la Información Pública”, cit., art. 14: “La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, deberá pronunciarse sobre la solicitud, sea entregando la información solicitada o negándose a ello, en un plazo máximo de veinte días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos del artículo 12. Este plazo podrá ser prorrogado excepcionalmente por otros diez días hábiles, cuando existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, caso en que el órgano requerido deberá comunicar al solicitante, antes del vencimiento del plazo, la prórroga y sus fundamentos”.

(24) Ley 19/2013, “De transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, cit., art. 20: “Resolución. (...) Este plazo podrá ampliarse por otros mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante (...)”. Ampliar en BASTERRA, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia. Ley 27.275 y decreto reglamentario 206/17. Comentados, anotados y concordados*, cit., ps. 162-163.

(25) Chile, art. 11, inc. k), ley 20.285, “Sobre Acceso a la Información Pública”, cit.; Colombia, art. 3º de la ley 1712, “Ley de Transparencia y del Derecho de Ac-

ceso a la Información Pública Nacional”, cit.; México, art. 17 de la “Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, cit.; Nicaragua, art. 31 de la ley 621, “Ley de Acceso a la Información Pública”, cit.; Panamá, art. 4º de la ley 6, “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de hábeas data y otras disposiciones”, cit.; Paraguay, art. 4º de la ley 5282, “De Libre Acceso Ciudadano a la Información Pública y Transparencia Gubernamental”, cit.; Uruguay, art. 17 de la ley 18.381, “Derecho de Acceso a la Información Pública”, cit.; Ecuador, art. 4º, inc. b), ley 24, “Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, cit.

la OEA consagra en el art. 5º, inc. g), el derecho de toda persona a “obtener la información en forma gratuita o con un costo que no exceda el costo de reproducción de los documentos”.

Para tutelar el efectivo goce del derecho de acceso a la información pública, resulta de suma trascendencia adherir al principio de gratuidad. En caso contrario, se estaría limitando u obstaculizando la prerrogativa a favor de los consumidores que intentan ejercer este derecho.

Debemos aclarar que este parámetro responde a la idea de que los datos en poder de los sujetos obligados tienen el valor de bien público, por lo cual, no sería posible restringir el derecho de las personas al exigir a cambio una retribución económica.

En armonía con la ley nacional de acceso a la información pública, que en la materia debe operar como “ley de presupuestos mínimos”, también el proyecto recepta el principio de informalidad consagrado en el art. 1º de la ley 27.275 en cuanto establece: “(...) las reglas de procedimiento para acceder a la información deben facilitar el ejercicio del derecho y su inobservancia no podrá constituir un obstáculo para ello. Los sujetos obligados no pueden fundar el rechazo de la solicitud de información en el incumplimiento de requisitos formales o de reglas de procedimiento”.

Gordillo (26) señala que “El procedimiento es informal sólo para los administrados y usuarios de servicios públicos, consumidores, vecinos, en especial los de menor condición económica, social o cultural. Es para ellos que está desti-

ceso a la Información Pública Nacional”, cit.; México, art. 17 de la “Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, cit.; Nicaragua, art. 31 de la ley 621, “Ley de Acceso a la Información Pública”, cit.; Panamá, art. 4º de la ley 6, “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de hábeas data y otras disposiciones”, cit.; Paraguay, art. 4º de la ley 5282, “De Libre Acceso Ciudadano a la Información Pública y Transparencia Gubernamental”, cit.; Uruguay, art. 17 de la ley 18.381, “Derecho de Acceso a la Información Pública”, cit.; Ecuador, art. 4º, inc. b), ley 24, “Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, cit.

(26) GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 418.



nado el informalismo, una suerte de discriminación positiva. En definitiva, son ellos quienes pueden invocar la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto les benefician”. Agregando: “Nada tiene que ver este informalismo con la discrecionalidad de la administración. No se pueden fundar en él soluciones en contra de los intereses de los recurrentes, de los principios fundamentales del debido proceso y del procedimiento jurídico en general” (27).

Teniendo en consideración lo señalado previamente, entendemos que el objetivo de la normativa en análisis apunta a erradicar cualquier dificultad que podría plantearse en el ejercicio de este derecho. En definitiva, se intenta evitar rechazos de solicitudes o denegatorias de información basándose en errores formales cometidos por el solicitante.

“Art. 9. — Denegación del acceso a la información. La denegación del acceso a la información deberá ser justificada y comunicada al solicitante. Podrá fundarse en las siguientes causas:

“1. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de una persona humana;

“2. Afectar la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;

“3. Amenazar o afectar la protección del ambiente;

“4. Generar un riesgo probable y específico de daño significativo a la ejecución de la ley, o a la prevención o a la persecución de delitos;

“5. Vulnerar un secreto legal.

“Los motivos excepcionales de denegación son de interpretación restrictiva.”

## VI. El carácter restrictivo de la denegación del acceso a la información

El sistema de excepciones previsto tiene fundamento en que el derecho de acceso a la información, al igual que cualquier otro derecho fundamental, no es absoluto. Las limitaciones

por lo tanto son taxativas y de interpretación restrictiva. Por ello, estas deberán estar debidamente fundadas, toda vez que de no ser así podrá considerarse que existe una denegación injustificada y arbitraria por parte del sujeto obligado (28).

Esta postura ha sido desarrollada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Justamente, la Comisión IDH se ha referido de manera expresa al carácter excepcional de las causales en materia de acceso a la información pública, al señalar que “En atención al principio de máxima divulgación, la ley debe garantizar que el acceso a la información pública sea efectivo y lo más amplio posible; y en caso de contemplar excepciones, éstas no deben convertirse en la práctica en la regla general. Asimismo, el régimen de excepciones debe ser interpretado de manera restrictiva y toda duda debe resolverse a favor de la transparencia y el acceso” (29).

Sobre este punto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (30) especificó que el Tribunal Interamericano ha ido desarrollando a través de su jurisprudencia (31) un test tripartito para controlar la legitimidad de las limitaciones, en virtud del cual estas deben cumplirse con una serie de condiciones precisas para ser admisibles bajo los parámetros de la Convención Americana, a saber; legalidad, finalidad legítima y necesidad.

Por su parte, la Corte IDH en el precedente “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” ha considerado que “(...) el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autori-

(28) BASTERRA, Marcela I., “Más información pública, más democracia. A propósito de la sanción de la ley 27.275 de Acceso a la Información Pública”, publicado en SJA, 19/10/2016, p. 1, AP/DOC/1062/2016.

(29) RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2ª ed., 2012, p. 12.

(30) RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008”, disponible en <http://www.cidh.oas.org>, p. 135.

(31) Corte IDH, 2/7/2004, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, serie C No. 107, párr. 120.

(27) GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cit., p. 422.

dades, sin la observancia de los límites convencionales, crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo” (32).

El artículo en análisis consagra la obligación de fundamentar la negativa a proporcionar los datos, así como la comunicación al solicitante. Debemos tener en cuenta que, en virtud de la aplicación supletoria de la ley 27.275, dispuesta por el art. 8º del Anteproyecto, la ausencia de fundamentación acarrea la nulidad de la denegatoria (33).

En esta dirección, el Tribunal Interamericano en el caso “Claude Reyes”, sostuvo que el Estado chileno “no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada” (34).

Por consiguiente, este debe ser el parámetro para juzgar la viabilidad de las restricciones previstas al ejercicio del derecho de acceso a la información.

## VII. Análisis de las excepciones al derecho de acceso a la información

Del análisis integral de la normativa internacional en la materia, observamos que las excepciones se fundamentan en la colisión de esta con algún derecho de la ciudadanía, como, por ejemplo, el derecho a la intimidad, o bien por la confrontación con otra materia de interés público.

(32) Corte IDH, 19/9/2006, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, serie C No. 151, párr. 98.

(33) Artículo 13 de la ley 27.275: “(...) La falta de fundamentación determinará la nulidad del acto denegatorio y obligará a la entrega de la información requerida (...)”.

(34) Corte IDH, 19/9/2006, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, serie C No. 151, párrs. 122-123.

La consecuencia jurídica que trae aparejada la denegatoria es la inversión de la carga de la prueba, es decir que, si el sujeto requerido no hace lugar a la solicitud, es este quien debe demostrar las razones por las que no puede entregar la información, las que a su vez deben estar basadas únicamente en las disposiciones de la propia norma.

### VII.1. Riesgo a la vida, la seguridad o la salud de una persona humana

El inc. 1º del art. 9º prevé como excepción el supuesto en el cual la información solicitada ponga en riesgo la vida, la seguridad o la salud de la persona humana. Por su parte, la ley 27.275, en el art. 8º, prevé únicamente el peligro a la vida o seguridad sin incorporar la posible afectación a la salud de una persona, como causal de limitación de esta prerrogativa.

Similar disposición contiene la Ley Modelo de la OEA, en tanto determina que las autoridades públicas pueden rechazar el acceso a la información: “a) Cuando el acceso dañare los siguientes intereses privados: 1. el derecho a la privacidad, incluyendo la privacidad relacionada a la vida, la salud o la seguridad”.

Aclara con posterioridad, que esta no resultará oponible cuando el individuo haya consentido la divulgación de sus datos personales, o si de las circunstancias del caso surge con claridad que la información fue entregada a la autoridad pública como parte de aquella que debe estar sujeta al régimen de publicidad. Tampoco resultará aplicable cuando se encuentren involucrados asuntos relacionados con las funciones de las autoridades públicas, o bien si han transcurrido más de veinte años desde el fallecimiento del individuo.

La legislación mexicana (35), en el art. 110, especifica una idéntica causal a la ley argentina, al establecer que “Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya publicación: I. Pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física”. Mientras que la

(35) Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada en *Diario Oficial de la Federación*, el 9/5/2016.

norma chilena (36) señala que la información se podrá denegar total o parcialmente, “Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”. Con el mismo criterio, el art. 9° de la Ley de Acceso a la Información Pública uruguaya (37) clasifica como reservada a aquella información cuya difusión pueda poner en riesgo la vida, la dignidad humana, la seguridad o la salud de cualquier persona.

Como puede observarse, se trata de una excepción que se encuentra regulada en la mayoría de las legislaciones del derecho comparado, y que por supuesto para ser válida en términos convencionales, deberá ser interpretada con carácter restrictivo (38).

### **VII.2. Afectación a la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional**

El inc. 2° del artículo en análisis regula como limitación los casos en que resultará afectada la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional. Al momento de evaluar la procedencia de esta causal es importante tener en cuenta su concepto.

Lavalle Cobo (39) define para el caso la seguridad del Estado y la defensa cuando se producen “amenazas internas, como la actuación de grupos guerrilleros o el accionar o de movimiento o fuerzas paramilitares o parapoliciales que podrían hacer peligrar el régimen de gobierno. La defensa nacional tiene por finalidad proteger la existencia del Estado frente a riesgos o peligros de origen externo, como la declaración de gue-

rra proveniente de otro país o un ataque militar extranjero (...).”

En este contexto, cabe distinguir que el art. 13 de la Convención Americana —que constituye la base normativa del derecho a la información—, considera a la seguridad nacional como un límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública —art. 13, inc. 2°—.

A mayor abundamiento, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (2000), señala que los Estados están obligados a garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información, y que este solo admite limitaciones excepcionales que deberán ser establecidas previamente por ley, como en el caso en que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional —principio 4°—.

La defensa o política exterior, en tanto se vinculan con el concepto de seguridad nacional, son conceptualizadas como una de las funciones esenciales del Estado, y es en este sentido que se consideran uno de los intereses legítimos susceptibles de ser tutelados. Es que en un Estado democrático, sin duda, la seguridad nacional puede constituir una restricción legítima al derecho de acceso a la información, siempre que sea establecida por ley y su aplicación tenga lugar en circunstancias estrictamente necesarias.

La seguridad nacional es concebida como una condición previa para el pleno ejercicio de otros derechos, por lo que es lógico suponer que ante determinadas situaciones deba requerirse cierto grado de confidencialidad. Ahora bien, el hecho de que sea categorizada como una excepción, no dispensa al Estado de tener que demostrar que la publicidad de la información solicitada puede generar un grave daño al interés público que se intenta proteger, por lo que debe ponderarse frente el derecho de los individuos a conocerla.

### **VII.3. Amenazar o afectar la protección del ambiente**

Otra de los supuestos que la ley incorpora como excepción al derecho de acceso a la información se relaciona con la amenaza o afectación del medio ambiente. Esta protección ambiental se encontraba presente ya en la ley 24.240 que

(36) Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, art. 21, inc. 2°.

(37) Ley 18.381, publicada en el *Diario Oficial de Uruguay*, el 7/11/2008.

(38) BASTERRA, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia. Ley 27.275 y decreto reglamentario 206/17. Comentados, anotados y concordados*, cit., ps. 146/147. También de BASTERRA, Marcela I., “Los límites del derecho de acceso a la información pública, derecho administrativo”, *Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, nro. 82, 2012, p. 1120.

(39) LAVALLE COBO, Dolores, *Derecho de acceso a la información pública*, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 228.

preveía, en el art. 61, la formación del consumidor en esta materia. La causal guarda relación con la evolución que se ha dado en el último período en el derecho ambiental y que ha sido plasmado en el Código Civil y Comercial (40), en el art. 1094 que establece: "(...) Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable (...)".

Asimismo, ha sido determinante en la materia la Ley General del Ambiente (41) que, al ser una ley de presupuestos mínimos, se erige como parámetro al momento de sancionar nuevas normas en la materia. En su art. 8º especifica cuáles son los instrumentos de la política y la gestión ambiental —entre ellos— la educación y la información ambiental.

Si bien este dispositivo legal puede considerarse el punto de partida, es con la ley 25.831 (42) sobre Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental que quedan establecidos los mejores estándares en materia de acceso a la información y protección del ambiente.

La limitación impuesta por el Anteproyecto responde a lo normado por el art. 41 de la Constitución argentina que consagra el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, y al mismo tiempo consagra el deber de los ciudadanos de preservarlo. En este sentido, establece una limitación al derecho de acceso a la información que tiene como finalidad evitar que la política de protección del derecho al ambiente, en un medio ecológicamente equilibrado, quede anulado por proteccionismos individuales que, otorgando acceso a las fuentes de información pública, revelen actividades políticas o estrategias del Estado (43).

#### **VII.4. Generar un riesgo probable y específico de daño significativo a la ejecución de la ley, o a la prevención o a la persecución de delitos**

En el inc. 4º se limita el derecho del consumidor de acceder a la información cuando su divulgación genere un riesgo probable y específico de daño significativo, ya sea a la ejecución de la ley o a la prevención o la persecución de delitos. De esta forma, sin perjuicio de que en principio, las actuaciones judiciales son públicas, el legislador ha configurado una excepción a la publicidad en materia de averiguación de delitos (44). Justamente, se encuentra restringida durante la etapa inquisitiva con fundamento en la seguridad de la investigación y la salvaguarda de la intimidad de los imputados, lo que también se encuentra receptado en las disposiciones legales que prevén el secreto de sumario.

En sentido similar observamos que Ley Modelo de la OEA, en el art. 27, establece que las autoridades podrán rechazar el acceso a la información, cuando genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a la ejecución de la ley, prevención, investigación y persecución de delito.

La ley de protección de datos personales (45) prevé, en el art. 17, que los responsables o usuarios de bancos de datos públicos podrán negar la información cuando su difusión pueda obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente, la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas.

No es ocioso insistir en los recaudos que el sistema interamericano exige en relación con la información reservada. En este sentido, en la declaración conjunta de 2004, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la

(40) Aprobado por la ley 26.994, publicada en el BO 1/10/2014.

(41) Ley 25.675, publicada en el BO el 26/11/2002.

(42) Ley 25.831, publicada en el BO el 7/1/2004.

(43) BASTERRA, Marcela I., *Protección de datos personales. Ley 25.326 y Dto. 1558/01 comentados*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 444.

(44) Ampliar de BASTERRA, Marcela I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 377/381.

(45) Ley 25.326, publicada en el BO el 2/11/2000.

OSCE(46) efectuaron algunas precisiones, que sin duda se deben tener presente:

a) El derecho de acceso a la información, únicamente puede estar sujeto a un sistema restringido de excepciones cuidadosamente adaptado para velar por los intereses públicos y privados preponderantes. En consecuencia, las excepciones se aplicarán solamente cuando exista un riesgo de daño sustancial a los intereses protegidos, y cuando ese perjuicio sea mayor que el interés público de acceder a la información. Esto lleva implícita la obligación de la autoridad pública que deniegue el acceso, de demostrar que la negativa está amparada por el sistema.

b) La solicitud de información denegada debe tener la posibilidad de ser apelada ante un órgano independiente con plenos poderes para investigar y solucionar dichos reclamos.

c) Las autoridades nacionales deberán tomar medidas activas a fin de abordar la cultura del secretismo, que deben incluir el establecimiento de sanciones para aquellos que deliberadamente obstruyan el acceso a la información.

Por consiguiente, y con el objeto de vulnerar la protección que el Sistema Interamericano otorga al derecho de acceso a la información pública estos parámetros deben ser los utilizados al momento de interpretar el alcance de esta causal de excepción.

### VII.5. *Vulnerar un secreto legal*

Por último, el Anteproyecto, en el inc. 5º, incorpora como limitación la violación de un secreto legal. La amplitud de este término empleado permite abarcar dentro de la excepción al secreto profesional, pero también al secreto industrial o comercial.

Por su parte, la ley nacional de acceso a la información, ley marco en la materia, prevé como

excepción, "(...) secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado".

Sin duda, la causal abarca todo tipo de información que se encuentre alcanzada por el deber de confidencialidad. A título ejemplificativo, puede mencionarse que el Código Civil y Comercial de la Nación contempla una nómina de supuestos a los que se le impone la obligación de guardar secreto, dentro de los que se destacan los siguientes: a) En las investigaciones realizadas en seres humanos, se debe "resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal" (art. 58, inc. h); b) El representante tiene el deber de "fidelidad, lealtad y reserva" (art. 372, inc. a); c) Obligación de confidencialidad durante las negociaciones en las tratativas contractuales (art. 992); d) El corredor debe "mantener confidencialidad de todo lo que concierne a negociaciones en las que interviene, la que sólo debe ceder ante requerimiento judicial o de autoridad pública competente" (art. 1347, inc. d)); y e) Se dispone sobre el "sistema de negocios", el secreto en el contrato de franquicia. El franquiciado está obligado a "mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa confidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, a las que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato" (arts. 1513, inc. c), y 1515, inc. d))(47).

En relación al secreto profesional, Rivas(48) señala que "encuentra su marco regulatorio y su razón de ser en la protección que merece la información obtenida en el desarrollo de cier-

(46) Declaración conjunta sobre Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión adoptada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, el 6/12/2004, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=319&lID=2>.

(47) BASTERRA, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia. Ley 27.275 y decreto reglamentario 206/17. Comentados, anotados y concordados*, cit., ps. 139-140.

(48) RIVAS, Fernando, "Las siete excepciones que limitan el derecho de acceso a la información pública", en BASTERRA, Marcela I. (dir.), *Ciudad Transparente. Ley N° 104 comentada, Ley N° 5784 y Decreto Reglamentario N° 260/17*, Jusbaire, Buenos Aires, p. 200.

tas relaciones profesiones u oficios con la obvia salvedad de no dar a conocer esa información recibida mediante una relación de confianza a terceros; pues de hacerlo, se configura la conducta prevista en el art. 156 del C.P.” (49).

En igual sentido, la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (50), en el art. 2º consagra el deber de confidencialidad de toda persona que intervenga en la elaboración o manipulación de la documentación clínica.

La ley que regula el ejercicio de la abogacía (51) establece la obligación de mantener el secreto profesional, salvo que medie autorización del interesado. También el deber de confidencialidad está previsto en el art. 10 de la ley 25.326 cuando establece: “1. El responsable y las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligados al secreto profesional respecto de los mismos. Tal obligación subsistirá aun después de finalizada su relación con el titular del archivo de datos. 2. El obligado podrá ser relevado del deber de secreto por resolución judicial y cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública”.

La excepción basada en la divulgación de un secreto comercial fue uno de los argumentos del voto mayoritario en el fallo “G., R. H. c. YPF SA s/amparo” (52). En este precedente, se sostiene que la publicación del contenido del acuerdo firmado con Chevron podría comprometer secretos industriales, técnicos y científicos. El justificativo por el cual queda denegada la información comercial e industrial, reside en que estos registros son creados bajo la regla de resguardar el secreto de ciertos datos que se

encuentran exceptuados del libre ejercicio del derecho de acceso, porque existen otros bienes y derechos susceptibles de una protección especial (53).

*“Art. 10. — Deberes a cargo del Estado. Se establece que:*

*“1. El Estado nacional, sus agencias autárquicas, entes de control y empresas del Estado, provincias, municipios y comunas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben proveer al consumidor toda la información necesaria para el eficaz ejercicio de sus derechos de manera clara, precisa, completa, veraz y comprensible, instrumentando mecanismos eficaces adecuados a tal fin; en especial, en cuestiones vinculadas a la adquisición y utilización de bienes y servicios puestos en el mercado y a los riesgos e incertidumbres que ellos traigan aparejados;*

*“2. La información debida comprende la información ambiental de concesiones, contratos, autorizaciones previas que hayan sido otorgadas por el Estado nacional, las provincias o municipios y comunas, así como la información sobre la cualidad ambiental de los bienes y servicios, sus efectos en la salud humana, promoviendo de esta manera patrones de producción y consumo sustentables;*

*“3. Debe comunicarse de modo eficaz cualquier circunstancia que, con posterioridad a la introducción del bien o servicio en el mercado, pueda ocasionar alguna amenaza o perjuicio a los consumidores; y también la de hacer conocer los productos y servicios que hayan sido prohibidos, retirados del mercado o sometidos a restricciones rigurosas; tanto para los nacionales como para los extranjeros que se comercialicen en el país;*

*“4. Los medios de comunicación de titularidad estatal, cualquiera sea su soporte, dedicarán espacios y programas no publicitarios a la información y educación de los consumidores, garantizándose el acceso y participación de las asociaciones de consumidores legitimadas por esta ley y los demás grupos o sectores interesados.*

(49) Cód. Penal, art. 156: “Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

(50) Ley 26.529, publicada en el BO el 20 de noviembre de 2009.

(51) Ley 23.187, publicada en el BO el 28/6/1985.

(52) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 29/8/2014, “G., R. H. c. YPF SA s/amparo por mora”.

(53) Ampliar de MESTRE DELGADO, Juan F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 177.

*Deberá ser objeto de especial atención la situación de los consumidores hipervulnerables;*

*“5. Las autoridades administrativas publicarán mensualmente en sus páginas web todas las resoluciones dictadas con motivo de actuaciones de oficio o denuncias formuladas por consumidores que hayan quedado firmes y consentidas, en texto completo, sin consignar los datos que identifiquen al denunciante.”*

### **VIII. Información clara, precisa, completa, veraz y comprensible**

El art. 10 regula el deber estatal de proporcionar la información necesaria al consumidor para que pueda efectivamente ejercer sus derechos. Los sujetos obligados, entre ellos el Estado nacional, sus agencias autárquicas, entes de control y empresas del Estado, provincias, municipios y comunas, deberán instrumentar mecanismos adecuados para tal objetivo.

La información que usualmente recibe el consumidor suele ser escasa y defectuosa ocasionando un perjuicio considerable a sus derechos. Acertadamente, el Anteproyecto hace hincapié en la obligación estatal de proveer datos que deberán ser otorgados en forma clara, precisa, completa, veraz y comprensible. La ley vigente en materia de defensa del consumidor también prevé, en el art. 4º, similares características que debe tener la información al expresar que la misma deberá ser dada clara, cierta y detalladamente.

Teniendo en cuenta el importante valor jurídico que tiene el ejercicio de este derecho, la intervención estatal que instrumente mecanismos eficaces se vuelve indispensable para lograr una protección jurídica efectiva que garantice los mejores estándares internacionales. Es fundamental que el consumidor acceda a información veraz y suficiente para lo cual los sujetos estatales deben arbitrar los medios necesarios que eviten proporcionar datos incompletos, inexactos o confusos que puedan viciar la voluntad del consumidor.

La vulneración del deber de brindar información clara en materia de consumo fue reconocida por la jurisprudencia porteña al expresar: “La presentación inexacta del precio de ciertos

productos en la góndola en relación con el precio de caja —tal como fue acreditado— conlleva, cuando menos y de modo indefectible, a error en los términos en los cuales el consumidor entiende que se llevará a cabo la relación de consumo, los cuales resultarán, pues, sustancialmente diferentes” (54).

La razón de este artículo se justifica por la necesidad de proporcionar al consumidor información de la cual legítimamente carece, con el fin de permitirle efectuar una elección racional y fundada al momento de llevar adelante el acto de contratación.

### **IX. El deber estatal de brindar información ambiental**

La norma, en el inc. 2º, expresa que el Estado deberá proporcionar información ambiental sobre concesiones y contratos otorgados y sobre bienes y servicios, para promover de esta forma patrones de producción y consumo sustentable. Si bien la ley 24.240 ya había incorporado el principio del consumo sustentable (55), considero que la redacción del Anteproyecto refuerza este lineamiento, al legislar específicamente la obligación de informar sobre el impacto ambiental que genera la utilización de determinados bienes y servicios.

El término desarrollo sostenible se encuentra definido en el informe Brundtland (56) como “el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”. En el mismo sentido, la Declaración

(54) CContenciosoadministrativa y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 11/9/2017, “INC SA c. Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor”, p. 3.

(55) Ley 24.240, art. 43: “(...) La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, sin perjuicio de las funciones específicas, en su carácter de autoridad de aplicación de la presente ley tendrá las siguientes facultades y atribuciones: a) Proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes”.

(56) Elaborado por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, 1987.

de Río de 1992(57), postula en el principio 8 que “para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles”. Esta materia convoca al derecho del consumidor y al derecho ambiental para lograr soluciones que generen la tutela efectiva del sujeto vulnerable y al mismo tiempo la protección del medio ambiente.

De esta forma, la normativa en análisis intenta adecuar nuestro sistema a los lineamientos sentados por la comunidad internacional toda vez que es transcendental la incorporación efectiva de este nuevo enfoque para concientizar sobre las consecuencias negativas que el consumo excesivo tiene para el medio ambiente.

#### **X. La información y educación con especial atención a los consumidores hipervulnerables**

A través de espacios y programas no publicitarios para la información y educación del consumidor, el art. 9º regula un mecanismo por medio del cual el Estado efectiviza el acceso y la participación de las asociaciones de consumidores y demás grupos interesados. La formación de los usuarios es un eje transversal dentro del derecho del consumidor, que actualmente es visualizado como una de las herramientas necesarias para transformar su debilidad de negociación en mercado.

Debemos reconocer que, en la sociedad de consumo actual, el adquirir bienes y servicios se vincula con las condiciones indispensables para lograr la dignidad de una persona. En este orden de ideas, consumir se presenta como un elemento clave en la dinámica social, que tiende al desarrollo de una vida digna toda vez que posibilita el acceso a derechos fundamentales de los individuos.

En este contexto, la actuación de los órganos estatales como agentes socializadores se vuelve fundamental para fomentar prácticas educativas que construyan una mirada crítica de la publicidad y mecanismos que rigen

actualmente las relaciones de consumo. Por lo tanto, el objetivo de esta norma es otorgar herramientas que permitan identificar aquellos engaños que incitan al consumo, y de esta forma convertir a la parte más débil en un sujeto verdaderamente autónomo.

Estos programas deben estar guiados para informar sobre costos, calidad y seguridad de bienes y servicios existentes en el mercado, así como para otorgar conocimientos sobre instancias y procedimientos que le permitan hacer valer sus derechos. Los espacios de educación deben partir de la premisa de que es esencial la concientización en derechos para que los sujetos puedan desarrollar integralmente las potestades que la ley les reconoce. A partir de este proyecto se intenta brindar a los compradores un instrumento primordial para transformar a estos sujetos pasivos en verdaderos protagonistas de las relaciones de consumo que aboguen por la equidad económica.

Asimismo, el inc. 4º refuerza el compromiso de la legislación con la protección de los grupos hipervulnerables. Como lo establece el presente texto, la defensa del consumidor se incrementa en materia de colectivos sociales con vulnerabilidad agravada acentuándose la educación, salud, información, seguridad y trato equitativo y digno, de conformidad con lo expresado por el art. 3º. Novedosamente, el texto añade expresamente esta nueva categoría surgida en el ámbito internacional, tal como lo mencionáramos en el comentario al art. 8º.

De este modo, vemos plasmado el principio de protección especial de situaciones de infravulnerabilidad para aquellos colectivos sociales afectados también por circunstancias especiales, como el ser niñas, niños y adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad. Lorenzetti(58) destaca que el término subconsumidores incorpora a menores de edad, ancianos, enfermos graves y analfabetos, así como también a todos aquellos que estén en situaciones de urgencia que dan lugar a un estado de necesidad generando que sea indispensable la adopción

(57) Adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992.

(58) LORENZETTI, Ricardo L., “La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor”, en LORENZETTI, Ricardo - SCHÖTZ, G. J. (coords), *Defensa del consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 78.



de medidas de ayuda, para poder ubicarlos en pie de igualdad.

Como señala Barocelli (59): “la hipervulnerabilidad, es decir, la protección más agravada debe ser la medida para evaluar el carácter adecuado del cumplimiento de los deberes de información, seguridad y trato digno y equitativo, como también al analizar la publicidad y otras prácticas comerciales”.

En resumen, este grupo, también llamados consumidores especiales (60), genera que el Estado deba otorgar prioritaria atención a las condiciones que los ubican en una situación de inferioridad extrema, generando que el desarrollo de espacios y programas se vuelva un deber irrecusable para el aparato estatal.

## **XI. La participación de asociaciones de consumidores**

Las deficiencias que la ley 24.240 presenta en materia de protección jurídica del consumidor demuestran la necesidad de sistematizar la estructura actual para garantizar un derecho fundamental como es el acceso a la información, que cumpla con los máximos estándares desarrollados en este último período.

La estructura de la nueva Ley de Defensa del Consumidor debe receptor la evolución que se ha generado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, así como las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial. Las reformas que incorpora el Anteproyecto buscan facilitar nuevas herramientas al

consumidor, para solucionar las problemáticas que ocasiona la dinámica comercial.

Sin lugar a dudas, el fortalecimiento de la participación de las asociaciones de consumidores, tal como plantea el art. 10, se vuelve fundamental para tutelar efectivamente los derechos de la parte débil en la relación de consumo.

La reforma de la Constitución de 1994 puso énfasis en la participación de las asociaciones de consumidores en el mercado actual. En esta línea argumental, expresa que “(...) La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control” (61).

Es importante acrecentar la participación de estas organizaciones, ya que la inclusión de estas personas jurídicas implica un control directo de la gestión y de protección a los usuarios, así como también “facilitan la visibilidad de los problemas que aquejan a usuarios y consumidores y operan como foro de manifestación del poco equitativo y digno trato (...) que las empresas brindan a sus clientes cautivos” (62).

Por estos motivos, el Estado debe implementar programas de formación y educación garantizando la intervención de las asociaciones, lo que genera inexorablemente mayor protección jurídica para los sujetos vulnerables, toda vez que la actividad desplegada por estas instituciones persigue como fin la construcción de relaciones equilibradas en el ámbito del consumo.

---

(59) BAROCELLI, Sergio S., “Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio”, cit., p. 9.

(60) MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo, *Defensa del Consumidor, ley 24.240*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 82.

---

(61) CN, art. 42.

(62) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2ª ed. ampl. y actual., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 384.



# La obligación general de informar en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

LORENA V. BIANCHI (\*)

## I. El despliegue del deber de informar a través del acceso a la información y la obligación de informar de los proveedores

En el presente trabajo, se analizarán los aspectos más relevantes de la regulación que se propone sobre la obligación general de informar de los proveedores (1) en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (en adelante ALDC), impulsado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio de Producción de la Nación a través de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor (2).

---

(\*) Profesora jefe de trabajos prácticos de Derecho Civil III y Derecho del Consumidor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Máster en Derecho Ambiental y Urbanístico por la Universidad de Limoges, Francia, y especialista en Derecho Ambiental y Tutela del Patrimonio Cultural por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Instituto de Humanidades y Ciencias Sociales del Litoral (IHuCSO-Litoral UNL|CONICET), Santa Fe, Argentina.

(1) A lo largo del trabajo se hace referencia a la noción de proveedor como polo pasivo de la relación de consumo, que aglutina a una serie de proveedores, tales como: el fabricante, el productor, el marquista, el importador, el distribuidor, el comerciante, el vendedor, etc. Sozzo, Gonzalo, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2011, t. 8-A, p. 176.

(2) El "Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor" es el producto de una encomienda realizada en el año 2017 por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor dependiente del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, y luego articulada con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco

El nuevo sistema proyectado metodológicamente se organiza en seis títulos a lo largo de los cuales se regulan pormenorizadamente los grandes problemas del derecho del consumidor, a saber: título I, Sistema de protección del consumidor; título II, Protección contractual del consumidor; título III, Usuarios de servicios públicos domiciliarios; título IV, Daños al consumidor. Prevención del daño, responsabilidad y sanción punitiva; título V, Diseño institucional, y título VII, Disposiciones finales. Luego, cada uno de esos títulos están divididos en capítulos y, eventualmente, en secciones, que regulan detalladamente, con una perspectiva actual y una visión de futuro, las principales herramientas de tutela del consumidor.

Una de las grandes innovaciones que trae el sistema proyectado es la organización de una parte general del derecho del consumidor en el título I, "Sistema de protección del consumidor", dividido en dos capítulos (3). El capítulo I,

---

del Programa "Justicia 2020" (<https://www.justicia2020.gob.ar/eje-civil/reforma-la-ley-defensa-del-consumidor/>) a una Comisión de Juristas especialistas en la materia integrada por: Carlos Alfredo Hernández, Gabriel Alejandro Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D'Archivio, María Belén Japaze, Leonardo Lepíscopo, Federico Alejandro Ossola, Sebastián Picasso, Cósimo Gonzalo Sozzo, Carlos Eduardo Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Hernán Wajntraub. Esta Comisión culminó su tarea y presentó el Anteproyecto el 6 de diciembre del año 2018.

(3) La actual ley 24.240 no posee una parte general que nuclea los elementos centrales del Sistema de Protección del Consumidor. Por tal motivo, la doctrina se ha ocupado de ir construyendo esa parte general, a

referido al sistema de protección *stricto sensu*, en el cual se desarrollan el ámbito de funcionamiento, los principios propios, los derechos de los consumidores, los deberes de los proveedores y del Estado, las prácticas abusivas y el diálogo de fuentes. Y el capítulo II, referido a la política de protección del consumidor. Esta sistemática, por un lado, ordena los elementos centrales del “sistema de protección del consumidor” en un título que luego permea todo el régimen proyectado y, por otro lado, pone en línea la ley especial con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y el Cód. Civ. y Com. (4).

El derecho fundamental de los consumidores a la información es desarrollado pormenorizadamente y jerarquizado por el ALDC. Su regulación se ubica en la sección 4ª referida a los deberes del mencionado título I, y se le dedica un parágrafo con nueve artículos específicos (arts. 8º a 16), más allá de las reglas especiales que obligan a brindar algún tipo de información que se encuentra a lo largo de toda la normativa.

El deber de información es regulado a través de dos ejes: a) el acceso a la información por parte de los consumidores y b) la obligación de informar de los proveedores. La regulación que se propone, a través de estos dos ejes, constituye una innovación importante.

A través del derecho de acceso a la información, se expande el deber de información más allá de la relación de consumo, ya que ese deber alcanza al Estado y a ciertos particulares con los límites establecidos por el mismo ALDC. Esta regulación se trata de una novedad en el derecho del consumidor nacional e internacional, que es asimilable al derecho de acceso a la in-

formación ambiental, que se ha desarrollado en el derecho ambiental (5).

La doctrina ya se había manifestado sobre este derecho de acceso a la información de los consumidores en el XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, realizado en Bahía Blanca en el año 2018, afirmando que “1. El derecho humano a la información debe garantizar el acceso a la información e implica obligaciones y responsabilidad para los proveedores y para el Estado, sea que actúe en el marco de sus competencias o directa e indirectamente como proveedor. 2. El acceso a la información debe ser garantizado en relación al Estado de acuerdo con el principio de publicidad de los actos de gobierno en tanto que en relación a las proveedores debe ponderarse la tutela de los derechos individuales junto al de propiedad” (6). En los fundamentos del ALDC, se afirma que “en primer término, se garantiza el acceso a la información por parte de los consumidores (...) Se establece la extensión de este derecho; los mecanismos que pueden emplearse; los casos en que se encuentra limitado; se concretan los deberes específicos del Estado; y se consagra una norma especial tendiente a recopilar, procesar y brindar información en

(5) El derecho de acceso a la información, se ha desarrollado en el derecho ambiental, y posibilita a los ciudadanos obtener este tipo de información principalmente como un presupuesto para el ejercicio del derecho a la participación ciudadana en los procesos de toma de decisión relacionados con la preservación y protección del ambiente, sean de incidencia general o particular (art. 41 de la Constitución Nacional, ley 25.675 de Presupuestos Mínimos Ambiental, art. 16, BO del 28/11/2002, ley 25.831 de Presupuestos Mínimos de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, BO del 7/1/2004 y decreto PEN 1172/2003, Reglamento General de Acceso a la Información Pública en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional.). Se trata de un derecho que ha sido regulado preponderantemente para los casos de acceso a la información pública ambiental, quedando pendiente lo relativo al acceso a la información ambiental que detentan los particulares, o sea, lo relativo al desempeño ambiental de las personas de derecho privado (TERZI, Silvana - IRIBARREN, Federico, “El acceso a la información pública ambiental”, en JA 2007-IV-1245).

(6) “XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor. Bahía Blanca, 18 y 19 de mayo de 2018”, *Revista de Derecho del Consumidor*, IJ Editores Argentina, nro. 5 (8 de septiembre de 2018).

través del vínculo entre la ley especial, la Constitución Nacional, y más recientemente el Cód. Civ. y Com. Véase Sozzo, Gonzalo, “Ley 24.240. Defensa del Consumidor”, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., ps. 77-167.

(4) Véase Fundamentos del ALDC, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de la Producción y Trabajo, “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, 6 de diciembre de 2018.

general relativa a la seguridad de los consumidores” (7). La expansión del derecho de los consumidores a estar informados hacia el derecho de acceso, como un medio para obtener información de interés general, se incardina en la tendencia internacional a favorecer el acceso a la información, fundamentalmente para el eficaz ejercicio de los derechos, en este caso de los consumidores, y garantizar la participación en la toma de decisiones.

Paralelamente, la clásica obligación de informar a cargo de los proveedores, originariamente regulada por el art. 4º de la ley 24.240, modificado en reiteradas oportunidades (8), y el artículo 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación, es regulado por el ALDC minuciosamente, deteniéndose en aspectos vinculados a los requisitos que debe tener esa información, el modo de transmitirla, su contenido, los excesos de información y los casos de incumplimiento. En este trabajo, se analizarán los principales aspectos de este despliegue del deber de informar: la obligación de informar a cargo de los proveedores.

## II. El ámbito de aplicación del deber de informar. La tutela del consumidor expuesto

El deber de información con sus dos manifestaciones, el acceso a la información y la obligación general de informar a cargo de los proveedores, es regulado en el párrafo 2º, de la sección 4ª “Deberes”, del título I “Sistema de Protección del Consumidor”. El ámbito de aplicación del párrafo referido al deber de información surge del art. 2º del ALDC y constituye una innovación vinculada al ámbito de aplicación del sistema de protección del consumidor en general, y en particular de los supuestos en los cuales opera la tutela del consumidor expuesto a una relación de consumo.

(7) Véase Fundamentos del ALDC, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de la Producción y Trabajo, “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, p. 9.

(8) Cuya vigencia actualmente se encuentra en discusión, véase IRGOYEN TESTA, Matías, “Deber de información: derogación del art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor”, LL del 28 de noviembre de 2018.

La novedad está en que el ALDC se propone zanjar las discusiones aún vigentes, en doctrina y jurisprudencia, sobre la noción de consumidor expuesto a una relación de consumo, instituto conocido en el derecho comparado como *bystander*, estableciendo expresa y claramente en el art. 2º, referido a la categoría de consumidor, que “Las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad son aplicables a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo” (9).

Esa tarea de reajuste del ámbito de tutela del sistema de protección del consumidor la comenzó el Cód. Civ. y Com. al eliminar la figura del consumidor expuesto de la definición genérica de consumidor y reconociendo su tutela en tanto consumidores para el caso específico en el cual la persona se encuentre expuesta a las prácticas comerciales reguladas en las secciones I y II que regulan las prácticas abusivas, la información y publicidad dirigida a consumidores (art. 1096, Cód. Civ. y Com.), todo ello en sintonía con el antecedente de nuestra legislación, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (art. 29) (10). Entonces, el nuevo

(9) En los Fundamentos del ALDC, se afirma “El Anteproyecto propone partir de la noción de relación de consumo, a la que típica de modo amplio a partir de la enunciación de sus fuentes. Entre sus elementos, busca delimitar con precisión el alcance de la categoría de consumidor, alcanzando al sujeto expuesto a los efectos de la información, la publicidad, las prácticas abusivas y la seguridad, procurando zanjar las disputas que aún existen en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia. De este modo, se sigue al despacho 1.2. —aprobado por unanimidad— de la Comisión Nº 8 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, octubre de 2013), en donde se dijo que ‘la categoría de consumidor y usuario reconocida en nuestro ordenamiento jurídico comprende al destinatario final de bienes y servicios, y al expuesto a la relación de consumo. Esta última figura amplía la categoría conceptual del consumidor y usuario con sustento en la función preventiva y reparatoria que despliegan numerosos institutos del Derecho del Consumidor y se justifica también por la proyección colectiva que suele tener la afectación de sus derechos’” (ver <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-28-XXIV-Jornadas-2013.pdf>). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de la Producción y Trabajo, “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, p. 7.

(10) “Capítulo V De las Prácticas Comerciales. Sección I De las Disposiciones Generales. Art. 29. Para los fines de este capítulo y del siguiente, se equiparán a

“consumidor expuesto” a partir de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. es el consumidor expuesto a una práctica comercial abusiva (11).

El ALDC metodológicamente vuelve sobre la problemática de la tutela del consumidor expuesto cuando regula el ámbito de funcionamiento de la protección del consumidor, al definir la categoría de consumidor delimita precisamente cuáles serán las reglas que cualquier persona en tanto expuesta a una relación de consumo podrá invocar para su tutela. Se trata de las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad. O sea, todas las reglas contenidas en la sección 4ª Deberes y sección 5ª Prácticas abusivas del título I; el capítulo 4 Publicidad, del título II, y capítulo 2 Daños causados por productos o servicios defectuosos, del título IV, a las que deben sumarse otras reglas que desarrollen esas herramientas y que se encuentren metodológicamente ubicadas en otra parte del ALDC o en leyes especiales. Esa tendencia, de tutela del consumidor expuesto a la información y publicidad, ha sido reafirmada por la doctrina en las Conclusiones del XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, realizado en Bahía Blanca en el año 2018: “3. La tutela de la información y publicidad es reconocida en el marco del Código Civil y Comercial de la Nación desde una perspectiva de fuerte expansión, en tanto alcanza no solo al consumidor y al usuario en sentido estricto sino también al consumidor expuesto a prácticas comerciales abusivas” (12).

consumidores todas las personas determinables o no, expuestas a las prácticas aquí previstas”.

(11) “No obstante los elementos que constituyeron las condiciones de posibilidad del precedente ‘Mosca’ se encuentran intactos, lo que eventualmente puede permitir que la jurisprudencia, guiada por dicho *leading case* y la idea nuclear de *bystander* y conceptos provenientes de la tradición jurídica argentina en la materia —como el del damnificado indirecto— concluya que en un caso concreto existe un ‘consumidor expuesto’ que merece una reparación”. Sozzo, Gonzalo, “La nueva delimitación del ámbito de funcionamiento en la protección del consumidor”, en RDPyC 2015-3-457.

(12) “XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor. Bahía Blanca, 18 y 19 de mayo de 2018”.

Entonces las reglas que se analizan a continuación, vinculadas a la obligación general de informar a cargo del proveedor, alcanzan y pueden ser invocadas por los consumidores y por toda persona expuesta a una relación de consumo que, en este aspecto, será considerada por el sistema de protección como un consumidor.

Desde una perspectiva temporal, el deber de información existe durante todo el *iter* contractual, antes, durante y después del contrato (13). Por ello, el ALDC se ha ocupado del deber de información precontractual, contractual y postcontractual. Esta perspectiva puede constatare en las reglas que trae el art. 16, referido al cumplimiento e incumplimiento de la obligación de informar.

### III. La obligación general de informar a cargo del proveedor

El derecho a la información que tienen los consumidores, o su contracara, la obligación de informar que tienen los proveedores, es una herramienta fundamental para alcanzar el equilibrio en la relación de consumo. El derecho del consumidor es un derecho de protección de la parte débil de esa relación jurídica, se protege al consumidor porque se presume su vulnerabilidad, la dogmática argentina tradicionalmente hizo referencia a la vulnerabilidad económica y cognoscitiva del consumidor (14).

El derecho a la información de los consumidores es un derecho fundamental expresamente reconocido en el art. 42 de la Constitución Nacional, y asimismo es un derecho instrumental que posibilita el ejercicio de otros derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la libertad de elección y el derecho a la salud y seguridad.

(13) VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, “Obligaciones y deberes de informar (o comunicar) en el nuevo Código: la importancia de la Teoría General”, *Revista Código Civil y Comercial, La Ley*, 17 de agosto de 2015, p. 141; VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 200; Sozzo, Gonzalo, “Ley 24.240. Defensa del Consumidor”, cit., p. 259.

(14) LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, 2ª ed. actual., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 39 y ss. El consumidor es débil o vulnerable porque se encuentra en una situación de asimetría económica e informativa respecto de los proveedores.

En relación al derecho a la libertad de elección, su finalidad es que el consumidor pueda realizar una elección racional del producto o servicio (hasta optar por no consumir), considerando una serie de datos que solo detenta el proveedor, en razón de que estos son los que los poseen o están en mejores condiciones de producirlos, pues son los que conciben el producto o servicio, conocen el proceso de producción, lo publicitan, y lo comercializan (15). En lo referido al derecho a la salud y seguridad, su finalidad es la prevención del daño. En definitiva, “la información adecuada sobre los bienes y servicios es determinante de la protección, tanto de la seguridad como de los intereses económicos de los consumidores” (16). En esta línea el ALDC, para lograr la efectividad de los derechos del consumidor, “parte de dos pilares que pueden calificarse como esenciales: la información y la seguridad” (17).

Asimismo, en el ALDC el deber de informar no es un simple deber accesorio de conducta, sino que es redimensionado, pues da cuenta del fenómeno de expansión prestacional, en el sentido de que “el acabado cumplimiento de lo que constituye la prestación nuclear de un deber jurídico (en especial, los de contenido patrimonial), suele depender de la información que se haya brindado y la seguridad que se proporcione” (18), generando también una fuerte articulación entre ambas herramientas de tutela del consumidor (v.gr., artículos 10, 11, 12, 14, inc. 6º, 17 y concs. del ALDC).

También, se observa que el ALDC le ha otorgado a las reglas que componen el desarrollo de la obligación general de informar, la generalidad necesaria para abarcar la mayor cantidad de supuestos posibles, construyendo una

especie de teoría general del deber de informar flexible y dinámica, generando “un epicentro normativo a la luz del cual deben interpretarse y aplicarse las innumerables normas que regulan diversos deberes de informar al consumidor en situaciones jurídicas concretas” (19), dejando para otros tramos de la misma regulación o para otras leyes especiales las especificidades propias de ciertos ámbitos negociales.

### **III.1. Requisitos y contenido de la obligación genérica de informar**

La Constitución Nacional, en su art. 42, establece que la información debe ser adecuada y veraz. Luego, a nivel infraconstitucional, el art. 4º de la ley 24.240 establece que debe ser cierta, clara y detallada, la reforma introducida por la ley 26.361 al art. 4º incorporó el requisito referido a la comprensión de la información, que no se encontraba en la redacción original. Y finalmente, Cód. Civ. y Com. exige que la información sea cierta y detallada, con la claridad necesaria que permita su comprensión. El ALDC, en línea con los requisitos exigidos, tanto legal como doctrinariamente, requiere que la información proporcionada por el proveedor en el decurso de la relación de consumo sea clara, precisa, completa, veraz y comprensible (art. 12) (20).

Se incorporan los requisitos de precisión y completitud, estos términos no existen en la legislación actual pero hacen referencia a la necesidad de una información adecuada (art. 42, Constitución Nacional) y detallada (art. 4º, ley 24.240), “los que pueden ser considerados (en sentido amplio) como sinónimos de los anteriores” (21). La precisión hace referencia a la exactitud del mensaje que se transmite, logrando un equilibrio justo entre lo original y lo

(15) SOZZO, Gonzalo, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., t. 8-A.

(16) STIGLITZ, Rubén, “Capítulo IX. 1 Deber de Información”, en STIGLITZ, Rubén - Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015, vol. I, p. 565.

(17) Véase Fundamentos del ALDC, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de la Producción y Trabajo, “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, cit., p. 8.

(18) *Ibidem*.

(19) *Ibid.*, p. 9.

(20) El desarrollo de cada uno de estos requisitos puede verse en VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, “Obligaciones y deberes de informar (o comunicar) en el nuevo Código: la importancia de la Teoría General”, cit.; VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, cit.

(21) VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, cit., p. 439.

redundante, evitando la sobreabundancia (22), este requisito es desarrollado específicamente en el art. 15 referido a la sobreinformación. La información debe ser completa, se trata de un requisito referente al contenido, “será completa en cuanto recoja todos los extremos sobre los que hay obligación de informar” (23). Los requisitos que se exigen mejoran la regla contenida en el art. 4º de la ley 24.240, permitiendo un proceso de comunicación eficaz y se condicionan con los que la doctrina jurídica en general exige (24), para dar cuenta de la “fenomenología de la comunicación” (25).

En el mismo art. 12 del texto proyectado, se establece que la información debe versar sobre “las características esenciales de los bienes y servicios que ofertan o proveen, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante en razón de su naturaleza y particularidades”. El Cód. Civ. y Com., a través del art. 1100, ya había mejorado la regla que obliga a proporcionar información a los proveedores, estableciendo que además de informar sobre las características esenciales de los bienes y servicios, y las condiciones de su comercialización, están obligados a informar sobre “toda otra circunstancia relevante para el contrato”. El ALDC amplía esa regla en el sentido de que obliga a informar “sobre toda otra circunstancia relevante en razón de su naturaleza y particularidades”, y agrega que “Esta obligación com-

prende todas las informaciones sobre riesgos, incertidumbres y cuestiones ambientales establecidas en el art. 11 en tanto fueren pertinentes”, se introduce, en la oración final del art. 12, la exigencia de información ambiental dirigida a los consumidores.

El contenido ambiental de la información dirigida al consumidor debe ser articulado con la obligación de generar información de interés para la seguridad de los consumidores que el ALDC, en su art. 11, exige al Estado nacional, sus agencias y entes de control, a las provincias y a los proveedores. Concretamente, se establece que estos sujetos “deberán realizar de manera progresiva todo lo necesario para generar, recopilar, investigar y producir información, inclusive la ambiental pertinente, que sea de interés para la seguridad de los consumidores. Asimismo están obligados a difundirla y ponerla a disposición del público de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible, comprensible y a actualizarla de manera periódica”. Esta obligación de generar información, en particular la ambiental, encuentra uno de sus antecedentes en las directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor que establecen: “29. Debe procurarse que los consumidores tengan acceso a información inequívoca sobre los efectos de los productos y los servicios en el medio ambiente” (26).

Esta exigencia de la información ambiental es una novedad que introduce el ALDC que se enmarca en la tendencia que existe de un tiempo a esta parte de acercamiento del derecho del consumidor al derecho ambiental (27), y más con-

(22) LORENZETTI, Ricardo - PICASSO, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier, *Consumidores*, 2ª ed. actual., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 202.

(23) ORTI VALLEJO, Antonio, citado por Sozzo, Gonzalo, “Ley 24240. Defensa del Consumidor”, cit., p. 255.

(24) STIGLITZ, Ruben, “Capítulo IX. 1 Deber de Información”, cit.; Sozzo, Gonzalo, “Ley 24240. Defensa del Consumidor”, cit. Véase también en el ámbito del Mercosur, la res. GMC 124/1996 sobre los Derechos Básicos del Consumidor: “Son derechos básicos de los consumidores: 3) A la información suficiente y veraz sobre los distintos productos y servicios”; la res. GMC 125/1996 sobre la Protección a la Salud y Seguridad del Consumidor: “II. Los proveedores de bienes y servicios deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, de acuerdo con la naturaleza de los mismos. Tratándose de productos industriales, el fabricante deberá prestar las informaciones a que se refiere este artículo”.

(25) VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, cit., p. 432.

(26) Y continúa “... recurriendo a medios como la elaboración de perfiles de los productos, la presentación de informes ambientales por la industria, el establecimiento de centros de información para los consumidores, la ejecución de programas voluntarios y transparentes de etiquetado ecológico y los servicios de consulta telefónica directa sobre los productos”. Asamblea General de las Naciones Unidas, Ampliación de las directrices para la protección del consumidor de manera que incluyan directrices sobre modalidades de consumo sostenible, res. 1999/7, UN Doc. E/1999/INF/2/Add. 2, 26 de julio 1999. 29 conforme la revisión realizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 70/186 del 22 de diciembre de 2015.

(27) Sozzo, Gonzalo, “Consumo Digno y Verde: Humanización y Ambientalización del Derecho del Consumidor (Sobre los principios de dignidad del consumidor



cretamente, en la necesidad de ajustar ciertas herramientas del derecho del consumidor para la realización de un consumo sustentable (28), que el texto proyectado reconoce expresamente como un principio del Sistema de Protección del Consumidor (art. 5º). En las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la Comisión 6 "Derecho del Consumidor: Consumo sustentable", refiriéndose a la influencia del principio del consumo sustentable sobre los instrumentos específicos de protección del consumidor, se concluyó que "§ 7.5. El principio de consumo sustentable ensancha la obligación de información (4 LDC y art. 1100 CCC) en cuanto debe comprender el perfil ambiental de los productos y servicios comercializados" (29). Y en el XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, en la Comisión 3: Perspectiva constitucional de la información y de la publicidad dirigida a los consumidores. Mecanismos de tutela, se afirmó que "5. El derecho-obligación de información debe articularse y ensancharse con la dimensión e impactos ambientales de los bienes y servicios, en especial en la etapa precontractual, a través de los etiquetados y publicidades" (30).

En nuestro país, se planteó un caso judicial, resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de

---

y de consumo sustentable", en RDPyC 2012-3, sección doctrina; SOZZO, Gonzalo, "La resistemización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil de 2012", en CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Revista Derecho Privado. Reforma del Código Civil III, Contratos*, Infojus, año II, nro. 4, 2012.

(28) BIANCHI, Lorena, "Del principio de sustentabilidad ambiental al principio del consumo sustentable, re-observando el derecho a la información", *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 49, 2017, ps. 1-13; HERNÁNDEZ, Carlos - FRUSTAGLI, Sandra, "Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo", *Semanario Especial de Jurisprudencia Argentina dedicado a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, JA 2017-III-12, ps. 117-27.

(29) "Conclusiones de la Comisión 6 'Derecho del Consumidor: Consumo sustentable' de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017", <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-No-6.pdf>, accedido el 28 de octubre de 2017.

(30) "XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor. Bahía Blanca, 18 y 19 de mayo de 2018".

Río Negro (31), en el cual se condena a la Dirección de Inspección General de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche a que produzca la lista con la nómina de productos transgénicos que se comercializan en su jurisdicción y provea de las mismas a los comercios correspondientes para que los pongan a disposición de los consumidores, cumpliendo con las normas establecidas por la Constitución Nacional, la Ley de Protección del Consumidor y el art. 1º de la Ordenanza Local 1121. En este caso, los jueces mandan a hacer públicas las listas con los alimentos que contengan organismos genéticamente modificados (OGM), estaba en juego el derecho a la información de los consumidores a saber qué productos contienen o son genéticamente modificados, y el legislador municipal consideró que esta medida podía ser una herramienta de gestión de los riesgos derivados de productos transgénicos (32).

La ampliación del contenido de la información, incluyendo la información ambiental, forma parte de la agenda sudamericana de protección del consumidor, así lo demuestra el proyecto de reforma y actualización del Código de Defensa del Consumidor de Brasil. En lo que aquí interesa, en los proyectos de reforma, que actualmente tramitan ante la Cámara de Diputados, se incorporó como un nuevo derecho básico del consumidor, en el art. 6º, "XIII la información ambiental veraz y útil, observando los requisitos de la Política Nacional de Residuos Sólidos, instituida por la Ley Nº 12.305, del 2 de agosto de 2010". Refiriéndose a los aspectos ambientales que se introducen al Código de Defensa del Consumidor de Brasil con estos proyectos, Lima Marques afirmó que "se trata de una oportunidad única de seguir los pasos de la ONU y revisar nuestro régimen de consumo para transformarlo de forma más sustentable" (33).

---

(31) ST Río Negro, 17/3/2005, "Bordenave, Sofía A. s/Mandamus", AP 35001288.

(32) Véase el interesante desarrollo realizado sobre el funcionamiento del deber de información y el principio de precaución en SOZZO, Gonzalo, "Entre ser prudentes y estar informados (Sobre la diferente Racionalidad del deber de información y el principio precautorio)", en RDPyC 2007-1, Sección jurisprudencia. Obligaciones.

(33) LIMA MARQUES, Claudia, "Atualização do Código de Defesa do Consumidor e o Diálogo entre o Direito do Consumidor e o Direito Ambiental: estudo em homenagem

En definitiva, la nueva regla que manda a los proveedores a brindar informaciones sobre riesgos, incertidumbres y cuestiones ambientales pertinentes, potencia la función instrumental que cumple el deber de información para lograr la tutela de la seguridad y salud de los consumidores. Y también se constituye en una herramienta del funcionamiento de dos principios que integran, conforme al texto proyectado, el sistema de protección del consumidor, los principios de prevención y precaución (art. 5º, ALDC). Se regula la obligación de informar en función de otro derecho del consumidor, su salud y seguridad (34).

### III.2. ¿Cómo debe ser transmitida la información? El modo de la comunicación

El texto proyectado, en su art. 13, trae un conjunto de reglas vinculadas a cómo debe ser transmitida la información.

En primer lugar, se ocupa de la accesibilidad para el consumidor: “la información debe ser proporcionada de manera fácilmente accesible para el consumidor”, permitiendo su adecuada comprensión. La accesibilidad de la información debe ser considerada “especialmente en el caso de consumidores hipervulnerables”. Aquí se encuentra una manifestación concreta de una de las líneas fundamentales del ALDC, la tutela de los consumidores hipervulnerables, que se eleva como un principio del sistema de protección del consumidor, “Principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad” (art. 5º) y que luego es desarrollado de un modo transversal y a través de reglas específicas, a lo largo de todo el texto proyectado. La doctrina ya se había manifestado sobre esta problemática en el XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor afirmando que “4. Los estándares requeridos para la información exigen una adecuación a las circunstancias particulares de la relación de

consumo, en especial, los niveles concretos de vulnerabilidad” (35).

En segundo lugar, se regula el soporte a través del cual debe ser transmitida la información. Se establecen diferentes reglas:

a) La primera establece que deberá ser comunicada de manera fehaciente “en soporte papel o electrónico, a opción del consumidor, quien a tales fines deberá proporcionar una dirección electrónica”, el texto proyectado no hace prevalecer un soporte sobre otro, sino que deja la alternativa a elección del consumidor (36), sin embargo, a través de la exigencia de proporcionar una dirección electrónica para el caso de que el consumidor opte por el soporte electrónico, se adopta un recaudo para constatar que ese soporte es accesible al consumidor. Asimismo, es necesario articular esta regla con la anteriormente comentada, referida a la accesibilidad de la información para los consumidores hipervulnerables, en este sentido la doctrina se manifestó en el XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor del siguiente modo: “6. El reconocimiento sociológico de un número significativo de consumidores hipervulnerables en la sociedad argentina actual desaconseja prescindir en todos los casos del soporte papel, en tanto desconoce la problemática de las dificultades de acceso a la información o el analfabetismo digital. La cuestión comprende, entre otras, a los manuales de uso, especialmente de cosas y servicios riesgosos. Cuando la normativa autoriza el soporte digital

(35) “XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor”, Bahía Blanca, 18 y 19 de mayo de 2018.

(36) Las últimas reformas al art. 4º de la ley 24.240 giraron en torno a esta problemática y han generado diversas posturas en la doctrina, véase: WAJNTRAUB, Javier, “Un paso atrás en los derechos del consumidor. Ley 27.250 modificatoria del deber de información genérico”, LL del 14 de julio de 2016; WAJNTRAUB, Javier, “La nueva configuración del deber de información genérico”, LL del 28 de febrero de 2018, Suplemento Especial - Decreto de desburocratización y simplificación; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “Las reformas en el campo del Derecho del Consumo”, LL del 28 de febrero de 2018, Suplemento Especial - Decreto de desburocratización y simplificación; IRIGOYEN TESTA, Matías, “Deber de información: derogación del artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor”, cit.

a Eládio Lecey”, en *20º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental: Ambiente, sociedade e consumo sustentável*, Antonio Herman Benjamin, José Rubens Morato Leite (orgs.), vol. I, Conferencistas e tesis profissionais, Instituto O Direito por um Planeta Verde, São Paulo, Brasil, 2015, ps. 126 y ss.

(34) Sozzo, Gonzalo, “La proliferación de los deberes de información y sus conexiones”, en RDPyC 2017-1.

resulta indispensable el consentimiento expreso y por medios electrónicos por parte del consumidor, que garanticen que se trata de un consumidor que tiene acceso y conocimientos informáticos suficientes para poder realizar esta opción. Desde una perspectiva constitucional y convencional es criticable desde lo formal y sustancial la reforma al art. 4 LDC por el DNU N° 27/2.018. En consecuencia, se recomienda que la regla por defecto sea el soporte papel y cuando se dé un derecho de opción este sea a favor del consumidor” (37). Entiendo que el texto proyectado otorga una solución adecuada, aunque se hubiese podido aclarar que el medio a través del cual se ejerce la opción sea electrónico, y no limitarse solo a exigir que el consumidor proporcione una dirección electrónica, que si bien puede ser, como afirmé antes, un recaudo y por lo tanto un indicio de que el consumidor puede acceder a los medios digitales, entiendo que tal vez no sea suficiente para evitar que ese tipo de opciones se realicen de un modo automático a través de prácticas predispuestas por el proveedor, v.gr., exigiendo en la primera oportunidad que se proporcione una dirección de correo electrónico y garantizar una adecuada tutela, en particular de los denominados analfabetos informáticos.

b) La segunda regla establece que “en los contratos celebrados por medios electrónicos, la información podrá transmitirse por la misma vía”, en este caso no caben dudas de que el consumidor ha tenido acceso y conocimientos informáticos que le permiten recibir de manera fehaciente la información.

c) La tercera regla dispone que la información debe ser comunicada de manera fehaciente “conforme lo disponga otra disposición legal o reglamentaria”, el texto proyectado deja abierta la posibilidad a que alguna regulación especial establezca reglas más tuitivas para el consumidor.

Finalmente, se hace referencia a la gratuidad de la información y al idioma en el que debe ser transmitida la información. La gratuidad de la información dirigida al consumidor encuentra

su antecedente en el art. 4° de la ley 24.240 reformada por la ley 26.361, y en el art. 1100 del Cód. Civ. y Com. Se trata de un requisito referido al cumplimiento de la obligación (38). En relación al idioma en el cual debe estar expresada la información, se establece la regla de que debe ser “proporcionada en idioma español”, excepto que una disposición legal o reglamentaria disponga lo contrario. Se eleva a una exigencia general la necesidad de que el idioma de la información sea el español, la ley 24.240 no trae esta exigencia, lo que ha sido criticado por la doctrina, aunque sí lo exige para casos particulares (art. 6°, cosas y servicios riesgosos; art. 10, contenido del documento de venta, y art. 14, certificado de garantía) (39). Asimismo, se proyecta una regla que responsabiliza a los proveedores, en general, por la traducción realizada de las informaciones que contienen los bienes o servicios importados. En este punto el ALDC mejora la regla que resultará aplicable a toda información que se transmita al consumidor, lo que contribuye al desarrollo del requisito de la comprensión del mensaje que se transmite.

### ***III.3. El contenido mínimo de la información a transmitir a los consumidores***

La normativa proyectada enumera un conjunto de contenidos mínimos que deben ser informados al consumidor en función de las características del bien o servicio de que se trate. Se trata de una novedad, ya que la regulación fija el piso de información que debe ser transmitido al consumidor (40). La idea de mínimos posibilita que luego, a lo largo del texto proyectado o la legislación especial, se exijan otros contenidos relevantes para el negocio o tipo contractual que se esté por celebrar (v.gr., art. 85, ALDC, créditos para el consumo; art. 91, ALDC, pagaré de consumo; art. 98, ALDC, servicios públicos domiciliarios, etc.). Asimismo, como afirman Vallespinos y Ossola, “las leyes y normas particulares fijan un piso de información que debe ser transmitido, pero que no necesariamente se agota en lo que se disponga

(37) “XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor”, Bahía Blanca, 18 y 19 de mayo de 2018.

(38) VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, cit., p. 431.

(39) *Ibidem*, p. 434.

(40) *Ibidem*, p. 442.

en concreto, sino que ello debe ser completado a la luz de los principios que imperan en esta materia; debe establecerse, en definitiva, qué es lo adecuado al caso concreto, y cuál debe ser la extensión del detalle que debe observarse” (41).

Las informaciones que deben transmitirse al consumidor, conforme al art. 14 proyectado, pueden ser agrupadas por la finalidad a la que obedecen:

a) Informaciones dirigidas a que el consumidor alcance un conocimiento detallado del bien o servicio: “1. Denominación, composición, fecha de producción, fecha de vencimiento o caducidad e instrucciones para su instalación, uso, mantenimiento y funcionalidad; 2. Los riesgos e incertidumbres que entraña su utilización, cumpliendo con la normativa específica para su comercialización, de conformidad a lo establecido en el art. 17, segundo párrafo”. Nuevamente, el deber de información se constituye en una herramienta para la prevención del daño y tutela de la salud de los consumidores (42).

b) Informaciones dirigidas a la correcta individualización de los proveedores, con la finalidad de favorecer la posición del consumidor frente a un eventual reclamo: “3. Datos identificatorios del proveedor: nombre, domicilio y número de CUIT”.

c) Informaciones que versan sobre el contrato en sí mismo, y las condiciones de su ejecución: “4. Garantías y servicios de postventa y asistencia técnica; 5. Las condiciones de su comercialización: naturaleza y contenido del acto; modalidades de la ejecución del contrato; fecha de entrega, ejecución del contrato y su duración; en su caso, precio, formas y condiciones de pago, costos y cargos adicionales, descuentos,

(41) VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, cit., p. 440.

(42) La jurisprudencia se ha ocupado del incumplimiento de la información que el proveedor debe colocar en el etiquetado de los productos, concretamente indicando cuál es la fecha de vencimiento. En el caso el proveedor había reetiquetado el producto con dos fechas de vencimiento sucesivas. CNCom., sala B, 10/3/2016, “Barrera, Jorge Ramón c. Coto Centro Integral de Comercialización SA s/ordinario”, expte. 8169/2013, AR/JUR/13494/2016. SOZZO, Gonzalo, “La proliferación de los deberes de información y sus conexiones”, cit.

tasas de interés, modalidades de financiación, y tributos a cargo del consumidor”. La jurisprudencia se ha ocupado del incumplimiento de la obligación de informar sobre cómo debía actuar el consumidor para poder utilizar el *service* posventa de asistencia, frente a problemas mecánicos en el automóvil (43), y del incumplimiento del deber de información contractual que obliga a explicar cuál es la arquitectura subjetiva del negocio y el contenido del mismo (44).

En definitiva, como afirma Lorenzetti, “este débito consiste en hacer saber a la otra parte los hechos susceptibles de influir sobre su decisión” (45), la enumeración de contenidos mínimos proyectada se constituye en un piso a ser informado, que no puede ser perforado por los proveedores, porque la doctrina (46) y el legislador consideran que se trata de informaciones relevantes, que deben ser transmitidas y que influyen en la decisión de contratar, pues en definitiva el deber de información configura un instrumento de tutela del consentimiento.

#### III.4. La obligación de informar para prevenir los daños al consumidor. Los riesgos del desarrollo

Finalmente, en el art. 14, inc. 6º, del ALDC, se establece una obligación de vigilancia y de

(43) “El incumplimiento del deber de información del proveedor (art. 4º, ley 24.240 y art. 1100, CCC) según la sentencia radica en que la demandada si bien informó mediante soporte físico las condiciones de asistencia, no aclaró en forma adecuada qué se debe entender por ‘mecánica ligera’ y qué incluye tal especificación, como tampoco brindó un servicio ‘las 24 h los 365 días del año’ como reza el manual agregado por la demandada (fs. 108)”. CCiv. y Com. Jujuy, sala II, 26/12/2016, “Plaza, Edgardo Iván c. Auto Jujuy SA y Renault Argentina SA s/Acción emergente de la ley del consumo”, expte. C-60259-2016, LL Online, AR/JUR/96243/2016.

(44) “En el caso no se informó que el negocio consistía en un emprendimiento conjunto de dos empresas y que la compra de una *notebook* se integraba también con el derecho a una licencia gratuita de *software* Windows y Microsoft office”. C5ª Civ. y Com. Córdoba, 5/8/2016, “Aliaga Márquez, Jorge Alejandro c. Fairco SA y otro s/abreviado. otros. Recurso de apelación”, LL 2016-F-281.

(45) LORENZETTI, Ricardo - PICASSO, Sebastián - WAINTRAUB, Javier, *Consumidores*, cit., p. 211.

(46) LORENZETTI, Ricardo - PICASSO, Sebastián - WAINTRAUB, Javier, *Consumidores*, cit., p. 211; VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, cit., p. 442.

información para los casos de bienes y servicios cuya peligrosidad es conocida por el proveedor con posterioridad a su introducción en el mercado, se trata del caso de los riesgos del desarrollo (47).

La doctrina ha sostenido que son profundas las relaciones y conexiones que los riesgos del desarrollo guardan con la obligación de informar. “En una primera etapa, podría hablarse de una conexión negativa o de una no conexión, en el sentido de que por una cuestión de pura lógica no podrá considerarse que el productor no cumplió con la obligación, al no informar lo que no sabía ni podía saber. Pero, una vez detectado, sin lugar a duda surge la obligación de informar al consumidor y de adoptar todas las acciones preventivas que sean necesarias” (48).

La norma proyectada es la siguiente: “6. Cuando con posterioridad a la introducción de los bienes y servicios en el mercado se tome conocimiento de su peligrosidad, los proveedores deberán hacerlo saber inmediatamente a los consumidores, a su exclusivo costo y cargo, mediante mecanismos de comunicación eficientes que les garanticen la efectiva posibilidad de conocer tal circunstancia; entre otros, a través de anuncios publicitarios por la prensa, radio, televisión e internet. Deberán, también de manera inmediata, comunicarlo a las autoridades competentes, y en su caso, retirarlos del mercado”. Nuevamente, el Anteproyecto pone el deber de informar en función de la realización del derecho fundamental a la salud y seguridad de los consumidores, en este caso, como herramienta de prevención del daño.

Esta regulación encuentra sus antecedentes en las directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor § 18 y 19 (49),

(47) Un estudio pormenorizado de la problemática puede verse en Sozzo, Gonzalo, “Riesgos del desarrollo y Sistema de Derecho de Daños (Hacia un Derecho de Daños pluralista)”, en *Revista de Derecho de Daños*. 2006-1-73/127, sección doctrina.

(48) VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, cit., p. 387.

(49) “§ 18. Se deben adoptar políticas adecuadas para que los fabricantes o distribuidores notifiquen sin demora a las autoridades competentes y, según proceda, al público la existencia de peligros no previstos de los que se hayan percatado con posterioridad a la introducción

en la res. GMC|MERCOSUR125/1996 para la Protección a la Salud y Seguridad del Consumidor (50), en la res. GMC|MERCOSUR 01/10 sobre Protección de la salud y la seguridad de consumidores y usuarios, aspectos operativos (51), en el art. 10, parágrafos 1º y 2º, del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (ley 8078/90) (52), y en el art. 4º del decreto regla-

de los productos en el mercado. Los Estados Miembros también deben estudiar métodos para garantizar que los consumidores estén debidamente informados sobre esos peligros. § 19. Los Estados Miembros deben adoptar, cuando proceda, políticas en virtud de las cuales, si se descubre que un producto adolece de un defecto grave o constituye un peligro considerable aun cuando se utilice en forma adecuada, los fabricantes o distribuidores deban retirarlo y reemplazarlo o modificarlo, o sustituirlo por otro producto; si no es posible hacerlo en un plazo prudencial, debe darse al consumidor una compensación adecuada” (Asamblea General de las Naciones Unidas, Ampliación de las directrices para la protección del consumidor de manera que incluyan directrices sobre modalidades de consumo sostenible, res. 1999/7, UN Doc. E/1999/INF/2/Add. 2, 26 de julio 1999. § 19 conforme la revisión realizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 70/186 del 22 de diciembre de 2015).

(50) “IV. Los proveedores de productos o servicios peligrosos o nocivos para la salud o seguridad deberán informar, en forma ostensible y adecuada, sobre su peligrosidad o nocividad, sin perjuicio de la adopción de otras medidas que puedan tomarse en cada caso concreto. Los proveedores de productos o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios”.

(51) Art. 1º: “Los proveedores de productos o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad o nocividad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades nacionales competentes del país que se trate y a los consumidores y usuarios del mismo, mediante anuncios publicitarios, sin perjuicio de otras medidas que cada Estado Parte pueda determinar”.

(52) Art. 10: “El proveedor, no podrá colocar en el mercado de consumo, productos o servicios que sabe o debería saber, que presentan alto grado de nocividad o peligrosidad para la salud o seguridad. 1. El proveedor de productos o servicios, que posteriormente a su introducción en el mercado de consumo, tuviera conocimiento de la peligrosidad que presenten, deberá comunicar inmediatamente el hecho a las autoridades competentes y a los consumidores, mediante anuncios publicitarios. 2. Los anuncios publicitarios a que se refiere el párrafo

mentario 1798/94 de la originaria ley 24.240 que se había ocupado parcialmente de la problemática (53). Refiriéndose a esta última regulación, la doctrina ha dicho que “esta consagración legislativa resulta insuficiente, pues si bien la obligación de informar esta nueva circunstancia resulta lógica, también se debería establecer con precisión qué otras acciones debe cumplir el proveedor con respecto, por ejemplo, al retiro del producto del mercado” (54). En este sentido, el texto proyectado mejora las reglas existentes actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, establece que la información debe ser transmitida a través de mecanismos de información eficientes, que será a costo y cargo del proveedor, que deberán comunicarlo a las autoridades competentes y que, de ser necesario, deberán retirar el bien o servicio del mercado.

La norma proyectada establece: a) implícitamente una obligación de vigilancia o seguimiento de los bienes y servicios en el mercado, y luego, expresamente, b) la obligación de informar sobre la peligrosidad de los bienes y servicios conocidas luego de que fueron introducidos en el mercado, c) la obligación de retirar los bienes o servicios del mercado, todas estas obligaciones a cargo de los proveedores (55).

En definitiva, con esta norma se le otorga un rol protagónico al deber de informar en la prevención de los daños al consumidor y, paralelamente, se regula de un modo genérico el *recall*

---

anterior serán transmitidos por la prensa, radio y televisión, a cargo del proveedor del producto o del servicio. 3. Siempre que tuviere conocimiento de la peligrosidad de productos o servicios para la salud o seguridad de los consumidores, la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, deberán informarles al respecto”.

(53) Art. 4º: “Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes”

(54) VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, cit., p. 393.

(55) Sobre el desarrollo de estas obligaciones en el derecho vigente, véase SOZZO, Gonzalo, “Responsabilidad derivada del consumo de medicamentos (lecciones acerca del defecto del producto, el *recall* y los daños punitivos)”, en RDPyC 2013-1, Sección jurisprudencia. Obligaciones.

de bienes y servicios peligrosos, como herramienta que también contribuye a la prevención del daño.

### III.5. El problema de la sobreinformación

El ALDC se ha ocupado, en el art. 15, del problema de la “sobreinformación”, equiparando el exceso de información o su complejidad al incumplimiento mismo de la obligación de informar. En la norma se establece que “La sobreinformación al consumidor tiene los mismos efectos que el incumplimiento de la obligación de informar. Se considera tal el suministro de información en exceso, o de suma complejidad, sin las aclaraciones necesarias para que sea asequible por su destinatario, o que de cualquier manera, por tales razones, impida la adecuada comprensión del mensaje, y sea relevante en función del bien o servicio de que se trate”.

La sobreinformación como exceso de información afecta el requisito general de precisión que debe cumplir toda información transmitida al consumidor. La precisión o la exactitud, afirman Vallespinos y Ossola, “hacen a un aspecto ‘cuantitativo’ de los símbolos seleccionados que le dan forma al contenido del mensaje”, además “un buen mensaje debe tener la extensión suficiente para informar, pero no debe abrumar, sobre todo en cuestiones redundantes” (56).

La sobreinformación como complejidad del mensaje transmitido afecta el requisito general de claridad que debe cumplir toda información suministrada al consumidor. “De esta manera una información es clara cuando los signos, objeto de la elección del emisor, son cualitativamente los más apropiados para permitir al receptor interpretar correctamente el mensaje” (57).

En definitiva, ambos supuestos, el exceso de información y la complejidad del mensaje transmitido, afectan el requisito referido a la comprensión de la información, en la medida en que lo tornan inasequible para el consumidor. Frente a consumidores hiperinformados,

---

(56) VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, cit., p. 184.

(57) *Ibidem*, p. 183.

esta regla contribuye a disociar la información de la comprensión, pues como afirma Sozzo, hoy en día el problema, en muchos casos, no es la ignorancia, sino la incompreensión (58).

En los casos de “sobreinformación” el proceso de comunicación se torna defectuoso, y la solución que propone el texto proyectado es que la obligación de informar ha sido incumplida.

### **III.6. Responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de informar**

El ALDC prevé, en el art. 16, los efectos del incumplimiento de la obligación de informar.

La normativa proyectada califica a la obligación de informar como obligación de hacer conforme el art. 774, inc. c), del Cód. Civ. y Com., cuyo incumplimiento genera responsabilidad objetiva en los términos del art. 1723 del Cód. Civ. y Com., estas reglas reflejan normativamente lo que la doctrina ya venía sosteniendo en lo referente a la responsabilidad por el incumplimiento del deber de informar en el ámbito de las relaciones de consumo, en donde “el deber jurídico consiste en la obtención de un resultado concreto: comunicar de manera adecuada la información a transmitir” (59), también se lee en los fundamentos que “la información es un deber de hacer con el objetivo de comprender no sólo las obligaciones específicas de informar, sino también otros deberes colaterales, secundarios y accesorios, que se rigen por las reglas de las obligaciones de hacer” (60).

El factor de atribución de la responsabilidad es objetivo, “razón por la cual la prueba de la diligencia no exime en este punto: solamente el hecho ajeno, incluso, el del propio consumidor. Vale aclarar que los deberes de colaboración del consumidor se agravan aquí de manera notable, ya que está exclusivamente a su cargo desarrollar el proceso de decodificación de la

información que le ha sido transmitida, si esto último ha sido obrado por el proveedor de manera adecuada” (61).

La carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de informar recae sobre los proveedores, se ha dicho que “la circunstancia de tratarse la obligación de informar del proveedor de una obligación de resultado pone en su cabeza la carga de acreditar el debido cumplimiento frente a la invocación de la otra parte” (62).

En cuanto a los efectos del incumplimiento de la obligación de informar, estos son regulados en sus aspectos esenciales y de un modo sistemático para cada una de las etapas del íter contractual. El incumplimiento de la obligación de informar en la etapa precontractual habilita al consumidor a exigir su cumplimiento, o si el contrato se hubiese perfeccionado, a pedir su nulidad, o de una o más de sus cláusulas. Frente al incumplimiento de la obligación de informar en la etapa contractual, el consumidor podrá exigir el cumplimiento o la resolución del contrato si el incumplimiento es esencial. Y si el incumplimiento de la obligación de informar se produce en la etapa poscontractual, el consumidor podrá reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, esta última acción también puede acompañar a las antes reseñadas en los casos de incumplimiento precontractual y contractual (63).

### **IV. Deberes de informar específicos**

Las reglas vinculadas a la obligación de informar del proveedor, que propone el Anteproyecto, y que han sido analizadas con anterioridad, fueron pensadas para que funcionen de un modo general, a los efectos de lograr una especie de “teoría general” del deber de informar, aplicable a la mayoría de los casos que se puedan plantear. Se sostiene en los fundamentos, “un epicentro normativo a la luz del cual deben

(58) Sozzo, Gonzalo, “Ley 24.240. Defensa del Consumidor”, cit.

(59) VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, cit., p. 1.

(60) Véase Fundamentos del ALDC, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de la Producción y Trabajo, “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, cit., p. 10.

(61) *Ibidem*.

(62) VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, cit., p. 484.

(63) Puede ampliarse sobre los efectos del incumplimiento de la obligación de informar en: VALLESPINOS, Carlos - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, cit.; Sozzo, Gonzalo, “Ley 24.240. Defensa del Consumidor”, cit.

interpretarse y aplicarse las innumerables normas que regulan diversos deberes de informar al consumidor en situaciones jurídicas concretas, que no sólo se encuentran contempladas en esta Ley, sino en multiplicidad de normas específicas (seguros, medicamentos, alimentos, etc.). Se evita, así, un casuismo innecesario, que por definición es incompleto, y suele resultar distorsivo” (64).

## V. Consideraciones finales

El ALDC propone una innovación importante en la regulación del deber de informar. Lo desarrolla a través de dos ejes: a) el acceso a la información por parte de los consumidores y b) la obligación de informar de los proveedores.

Las reglas vinculadas a la obligación general de informar a cargo del proveedor pueden ser

invocadas, en el sistema proyectado, por los consumidores y por toda persona expuesta a una relación de consumo.

El ALDC redimensiona la clásica obligación de informar a cargo de los proveedores, en la medida en que la regula detalladamente, deteniéndose en aspectos vinculados a los requisitos que debe tener esa información, el modo de transmitirla, su contenido mínimo, la problemática de la sobreinformación y los casos de incumplimiento.

En definitiva, el ALDC condensa y sistematiza un conjunto de reglas específicas referidas a la obligación de informar de los proveedores, que responden a los desarrollos realizados por la doctrina y la jurisprudencia en los últimos veinticinco años. Y recepta los principales avances que se impulsan desde el ámbito internacional, en lo relativo al deber de informar como herramienta de tutela de la libertad de elección, el consentimiento, la dignidad, la salud, la seguridad y la prevención del daño a los consumidores.

---

(64) Véase Fundamentos del ALDC, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de la Producción y Trabajo, “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, cit., p. 9.



# El deber de información en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

ALEJANDRA N. TEVEZ (\*)

## I. Introducción

Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, “informar” (del latín: *informare*) significa “enterar o dar noticia de algo” (1).

Resulta incuestionable la importancia que reviste la obligación de informar a cargo del proveedor en el marco de las relaciones de consumo.

De la adecuada información que aquel suministre al consumidor o usuario sobre los bienes o servicios que provea, depende el consentimiento y la formación libre de la voluntad sin vicios.

Dice Stiglitz que “el objeto del derecho del consumidor a la información, versa sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la operación realizada, de sus derechos y obligaciones consiguientes y esencialmente de las características de los productos y servicios comercializados. Del cumplimiento de los debe-

res e información, depende la posibilidad concreta del consumidor, de emplear los productos y servicios con plena seguridad y de modo satisfactorio para sus intereses económicos” (2).

De allí que el derecho a la información constituya el primer medio de protección que asiste al consumidor.

En efecto, la diferencia estructural de poder que existe entre consumidores y proveedores obedece a la desigualdad de la información con la que cuentan. Es claro que el consumidor no tiene el mismo nivel de información que posee el proveedor respecto del objeto del negocio que los vincula. El problema es, en definitiva, que un consumidor desinformado puede adoptar decisiones equivocadas en razón de no conocer o no comprender adecuadamente las implicancias económicas o jurídicas de la operación que concertará.

Se justifica así la preocupación del legislador por establecer detalladamente cuál es el contenido del deber de información y, paralelamente, cuáles son las sanciones que conlleva su eventual incumplimiento.

Desde su origen en el año 1993, la ley 24.240 reguló el derecho del consumidor o usuario a recibir información sobre las características de los bienes y servicios provistos. Actualmente, de

---

(\*) Abogada, Doctora en Derecho (UBA). Especialista en Administración de Justicia (Fac. Derecho, UBA) y Posgrado en Derecho de Daños (Fac. Derecho, UBA). Juez de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Subdirectora de la Maestría de Derecho Comercial y de los Negocios en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora de posgrado en distintas universidades en el área de derecho mercantil. Miembro Integrante de la Comisión de Reforma de la ley 24.522 (a fin de incorporar el sobreendeudamiento del consumidor y la microempresa al régimen concursal nacional) designada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación por resolución 1163 del 22 de mayo de 2015.

(1) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, [www.rae.es](http://www.rae.es) (fecha de consulta: 12/2/2019).

(2) STIGLITZ, Rubén S., “Deber de información”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, t. 1, p. 565.

acuerdo con las pautas exigidas, la información debe ser cierta, clara y detallada. El art. 4º sienta la obligación genérica de informar a cargo del proveedor en los siguientes términos: “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Sólo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición”.

La razón de ser de la previsión legal encuentra base en lo establecido en el art. 42 de la Constitución Nacional, en cuanto consagra el derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz, notas que son complementadas por el art. 46 de la Constitución porteña que dispone que la información debe ser transparente y oportuna. Se trata de la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales legítimamente carece, a efectos de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto de un determinado bien o servicio. El porqué de la necesidad de una información al consumidor o al usuario radica precisamente en la desigualdad evidente que tiene respecto del proveedor, en lo concerniente a los conocimientos sobre los productos y servicios que consume (3).

## II. El deber de informar: los criterios seguidos y las fuentes consultadas por la Comisión Reformadora

Sabido es que el deber de información constituye una de las bases sobre las que se asienta el régimen protectorio de la normativa consumeril, que ostenta —lo reiteramos— raigambre constitucional (4).

(3) LÓPEZ CABANA, Roberto, “Deber de información al usuario”, *Actualidad en Derecho Público (AeDP)*, nro. 12, p. 89.

(4) TEVEZ, Alejandra N., “El deber de advertencia en las relaciones de consumo”, LL 2015-C-655.

La Comisión Reformadora así lo pone de manifiesto en los propios Fundamentos, al destacar que “... desde la perspectiva de la efectividad de los derechos del consumidor el Anteproyecto parte de dos pilares que pueden calificarse como esenciales: la información y la seguridad”.

No resulta un dato menor que el deber de información sea el primero que se regula, en el título I, sección 4ª (Deberes), de igual modo que es hecho en la ley actualmente vigente (5).

En palabras de la Comisión: “En el Anteproyecto se jerarquiza de manera notable el deber de información y se lo expande, pues no se lo limita exclusivamente a la relación jurídica entablada entre el proveedor y el consumidor. Por ello, en primer término, se garantiza el acceso a la información por parte de los consumidores, siendo los obligados a transmitirla el Estado y los particulares (cada uno de ellos, en su propia situación jurídica y con diversos alcances). Se establece la extensión de este derecho; los mecanismos que pueden emplearse; los casos en que se encuentra limitado; se concretan los deberes específicos del Estado; y se consagra una norma especial tendiente a recopilar, procesar y brindar información en general relativa a la seguridad de los consumidores. En segundo lugar, se regula la ‘obligación general de informar’ a cargo del proveedor. Se ha pretendido expandir la regulación originariamente establecida en el art. 4 de la LDC, disponiéndose tanto sobre los elementos esenciales de dicho deber jurídico, como en los aspectos atinentes a su cumplimiento, y los principales efectos del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso”.

El acceso a la información desde esta doble perspectiva, como política pública del Estado y como derecho del consumidor en la relación con su proveedor, no es ajeno al derecho comparado. Así lo evidencia un relevamiento de las distintas fuentes consultadas a los fines de la redacción del Anteproyecto en general, y del deber de información en particular.

En punto a este último, la Comisión Reformadora ha tomado en cuenta especialmente

(5) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. 1 p. 234.

cuatro fuentes, según se indica en los Fundamentos: 1. las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor; 2. las resoluciones del Mercosur 124/1996, 125/1996, 1/2010; 3. el Código de “Defesa do Consumidor” de Brasil, y 4. el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España.

Las directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor son, conforme reza su prefacio, un “conjunto valioso de principios que establecen las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces...” Fueron aprobadas por la Asamblea General el 6 de abril de 1985, ampliadas posteriormente el 26 de julio de 1999 y revisadas el 22 de diciembre de 2015.

De acuerdo con ellas, se procura, entre otras cosas atender al “... acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual...” y a “... la educación del consumidor, incluida la educación sobre las consecuencias ambientales, sociales y económicas que tienen sus elecciones...” (pto. III, Principios generales, 5.e y 5.f).

Las directrices prevén, en lo que aquí interesa, referir que

i) “Los Estados Miembros deben formular o estimular la formulación de programas generales de educación e información del consumidor, incluida la información sobre los efectos en el medio ambiente de las decisiones y el comportamiento de los consumidores... El objetivo de tales programas debe consistir en capacitar a los consumidores para que sepan discernir, puedan hacer elecciones bien fundadas de bienes y servicios y tengan conciencia de sus derechos y obligaciones. Al formular dichos programas, debe prestarse especial atención a las necesidades de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja, tanto en las zonas rurales como urbanas, incluidos los consumidores de bajos ingresos y los que sean casi totalmente analfabetos.... La educación del consumidor debe, cuando proceda, formar parte integrante del plan de estudios básico del sistema educativo...” (pto. V, G 12).

ii) “Los Estados Miembros deben establecer políticas de protección del consumidor que fomenten: ...b) Información clara y oportuna para que los consumidores puedan ponerse en contacto fácilmente con las empresas y para que las autoridades de regulación y aplicación de la ley puedan identificarlas y localizarlas. Esta información puede incluir datos como la identidad de la empresa, su denominación jurídica y el nombre con el que opera, su domicilio principal, sitio web y dirección de correo electrónico u otros medios de contacto, su número de teléfono y sus números de licencia o registro gubernamental; c) Información clara y oportuna sobre los bienes o servicios ofrecidos por las empresas y los términos y condiciones de la transacción de que se trate; d) Términos contractuales claros, concisos y fáciles de entender que no sean injustos; i) Educación de los consumidores y las empresas” (pto. V A 14).

iii) “Las empresas deben facilitar información completa, exacta y no capciosa sobre los bienes y servicios, términos, condiciones, cargos aplicables y costo final para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas... deben elaborar, según proceda, programas y mecanismos para ayudar a los consumidores a adquirir los conocimientos necesarios para comprender los riesgos, incluidos los riesgos financieros, tomar decisiones bien fundadas y acceder a servicios competentes y profesionales...” (pto. IV 11c y d).

La resolución del Mercosur 124/1996 aprueba, como derechos básicos de los consumidores, el acceso a “... la información suficiente y veraz sobre los distintos productos y servicios... y a la protección contra la publicidad engañosa, métodos comerciales coercitivos o desleales, en el suministro de productos y servicios, conforme a los conceptos que se establezcan en los capítulos correspondientes del reglamento común sobre defensa del consumidor...”

El Código de “Defesa do Consumidor” de Brasil (ley 8078 del 11 de septiembre de 1990) establece, entre otras cosas, que i) el consumidor tiene derecho a “... la información clara y adecuada sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como los riesgos que puedan presentar”

(cap. III, art. 6.III); ii) “Los productos y servicios colocados en el mercado de consumo no presentarán riesgos a la salud o a la seguridad de los consumidores, con excepción de aquellos considerados normales y previsibles como resultado de su naturaleza y función, obligándose los proveedores, en cualquier hipótesis, a suministrar las informaciones necesarias y adecuadas a su respecto” (cap. III, art. 8°); iii) “El proveedor no podrá colocar en el mercado de consumo un producto o servicio que sabe o debería saber que presenta un alto grado de nocividad o peligro para la salud o seguridad. § 1. El proveedor de productos que, posteriormente a su introducción en el mercado de consumo, se percate de la existencia de peligros que presenten, deberá comunicar el hecho inmediatamente a las autoridades competentes y a los consumidores a través de anuncios publicitarios. &2. Los anuncios publicitarios a que se refiere el párrafo anterior deberán realizarse por la prensa, radio y televisión, a expensas del proveedor del producto o servicio. &3. Siempre que tengan conocimiento de productos o servicios que presenten peligro para la salud o seguridad de los consumidores, el Gobierno Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios deberán informarlos al respecto” (cap. III, art.10).

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España (real decreto legislativo 1/2007), en la misma línea, contiene distintas disposiciones relativas al derecho a la información, formación y educación. En lo que atañe a la intervención del Estado prevé, entre otras cosas, que “Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que estos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado” (6).

### III. La nueva regulación propuesta en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

En las líneas siguientes intentaremos abordar los principales aspectos de las reglas propuestas, específicamente en relación con: a. Los su-

jetos pasivos; b. La obligación general de informar a cargo del proveedor; c. La sobreinformación; d. La responsabilidad, y e. Los efectos del incumplimiento.

a. Los sujetos pasivos: la incorporación del Estado en un rol activo de suministro de información

Los sujetos pasivos del deber de información son el Estado y los proveedores de bienes y servicios.

En efecto, como dato interesante el Anteproyecto prevé que no solo el proveedor está obligado a informar al consumidor, sino que también deben hacerlo el Estado nacional y provincial, y sus entes de control y agencias. Ellos aparecen como sujetos pasivos del deber de informar en un rol activo de acuerdo con los términos del proyectado art. 11: “Obligación de generar información de interés para la seguridad de los consumidores. El Estado nacional, sus agencias y entes de control y las provincias, así como los proveedores de bienes y servicios, deberán realizar de manera progresiva todo lo necesario para generar, recopilar, investigar producir información, inclusive la ambiental pertinente, que sea de interés para la seguridad de los consumidores. Asimismo, están obligados a difundirla y ponerla a disposición del público de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible, comprensible y a actualizarla de manera periódica”.

Se trata, en rigor, de dos obligaciones que tienen por objeto la protección de la seguridad de los consumidores: i) la de generar, recopilar, investigar y producir información, y ii) la de difundirla y ponerla a disposición del público en general. En este último caso, los obligados deben suministrar la información de manera “sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible, comprensible” y actualizarla periódicamente.

Podría pensarse si las asociaciones de defensa de los consumidores deberían estar obligadas o participar de algún modo de este proceso de generación y difusión de información. El Anteproyecto no lo prevé.

Sin embargo, en el caso de la información de interés general en poder del Estado, contempla

(6) Art. 17, pto. 1.

que sea provista a aquellas asociaciones, al Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de los municipios y a los Ministerios Públicos. Y ello es así, tanto para la información que deposite el Estado nacional como sus agencias autárquicas, entes de control y empresas, e inclusive las provincias, municipios y comunas (7).

Debe prestarse especial atención a los canales de suministro utilizados, en particular, en beneficio de los grupos de consumidores de bajos ingresos, que habiten en zonas rurales, discapacitados, niñas, niños, adolescentes, ancianos, analfabetos. Así lo subraya el art. 8º, apart. 2º, en su párrafo final, que prevé textualmente que habrán de garantizarse “... condiciones especiales para favorecer el acceso a la información de grupos hipervulnerables...”

Sobre el particular, existen en el Anteproyecto distintas normas que refieren específicamente a este tipo de consumidores —que actualmente carecen de toda mención en la ley vigente— y al derecho a la información que los asiste (v.gr., art. 3º).

Se nos ocurre que, a fin de generar canales de difusión acordes a las particularidades del universo de consumidores, podría pensarse como herramienta, acaso, en la utilización de los medios de comunicación social de titularidad pública estatal, que podrían generar espacios y programas no publicitarios destinados a brindar información y educación a los consumidores. Así lo contempla expresamente la ley española (8).

En todos los casos, las reglas previstas en el Anteproyecto imponen que el Estado nacional, provincial y municipal garantice el derecho de acceso a la información en condiciones de cele-

ridad y mediante mecanismos eficaces de conformidad con los estándares internacionales (art. 8º, apart. 2º).

Vinculadas con la obligación del Estado de difundir información, se mantienen las reglas relativas a: a) la “formación del consumidor” para orientarlo a prevenir riesgos y ayudarlo a evaluar alternativas (art. 34); y b) el deber de insertar programas generales de educación para el consumo —por parte del Estado Nacional, provincial y municipal, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— que den cuenta de los preceptos y alcances de la ley, sea en los planes de estudio de educación inicial, primaria, media, terciaria y universitaria (art. 33) (9).

El Anteproyecto incorpora, en lo que se refiere específicamente a los consumidores financieros, disposiciones que imponen a las autoridades promover actividades de difusión de la información crediticia disponible y el desarrollo de campañas de información de los derechos del consumidor en la operatoria de crédito, con especial tutela de los colectivos en situación de hipervulnerabilidad (art. 80).

Similares previsiones contempla el Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú (ley 29.571 del 2 de setiembre de 2010) (10). Este Código reconoce el derecho del consumidor a “... acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios” (título 1, capítulo 1, art. 1.1.b). Asimismo, establece, en-

(7) Cfr. art. 8º.

(8) El real decreto legislativo s/2007 de España prevé en su art. 17, pto. 2: “Información, formación y educación de los consumidores y usuarios... 2. Los medios de comunicación social de titularidad pública estatal dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores y usuarios. En tales espacios y programas, de acuerdo con su contenido y finalidad, se facilitará el acceso o participación de las asociaciones de consumidores y usuarios representativas y los demás grupos o sectores interesados, en la forma que se acuerde con dichos medios”.

(9) En el mismo sentido, la ley 1334/1998 de Paraguay establece que “Incumbe al Estado, las gobernaciones y municipalidades, la formulación de los planes de educación para el consumo y su difusión pública, fomentando la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad en ellas” (art. 48).

(10) Cuerpo que reconoce que las normas de protección del consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presenta entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros (art. V “Principios”, pto. 4).

tre otras cosas, que i) “El Estado garantiza el derecho a la información de los consumidores promoviendo que el sector público respectivo y el sector privado faciliten mayores y mejores espacios e instrumentos de información a los consumidores a fin de hacer más transparente el mercado; y vela porque la información sea veraz y apropiada para que los consumidores tomen decisiones de consumo de acuerdo con sus expectativas” (art. VI del Título preliminar, pto. 2); ii) “El Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza” (art. VI del Título preliminar, pto. 4), y iii) “El Estado formula programas de educación escolar y capacitación para los consumidores, a fin de que conozcan sus derechos y puedan discernir sobre los efectos de sus decisiones de consumo, debiendo formar ello parte del currículo escolar...” (art. VI del Título preliminar, pto. 5).

b. La obligación general de informar a cargo del proveedor: extensión y características

Los arts. 12, 13 y 14 del Anteproyecto se refieren a la obligación general de informar a cargo del proveedor e incluyen previsiones que amplían las contenidas en el actual art. 4º de la LDC.

El criterio que preside la reforma en este punto es, según se explica en los Fundamentos del Anteproyecto, mantener la vocación de generalidad a partir de la cual se ha construido una especie de “teoría general” del deber de informar.

“Se evita así —señala la Comisión Redactora— un casuismo innecesario, que por definición es incompleto, y suele resultar distorsivo. Una norma general permite dotar de flexibilidad y dinamismo a la figura, a fin de permitirle adaptarse sin mayores dificultades (ni necesidad alguna de reforma) a los cambios que naturalmente ocurren en esta materia, sobre todo en las leyes especiales”.

El art. 12 del Anteproyecto define claramente la obligación de informar a cargo del provee-

dor en los siguientes términos: “En el decurso de la relación de consumo los proveedores están obligados a suministrar al consumidor información clara, precisa, completa, veraz y comprensible respecto de las características esenciales de los bienes y servicios que ofertan o proveen, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante en razón de su naturaleza y particularidades. Esta obligación comprende todas las informaciones sobre riesgos, incertidumbre y cuestiones ambientales establecidas en el art. 11 en cuanto fueren pertinentes”.

Si bien la redacción es similar a la del art. 4º de la ley vigente y aun a la del art. 1100 del Cód. Civ y Com. (11), su contenido no es igual.

En efecto, el Anteproyecto extiende considerablemente el alcance del deber de información, pues: 1. la información debe ser suministrada no solo con relación a los bienes y servicios que se proveen, sino también respecto de aquellos que se ofertan (con lo cual se asume que la obligación rige aun en la etapa precontractual, como ha señalado la jurisprudencia)(12); 2. se prevé que la información debe ser completa y comprensible, características que la LDC no contempla en la actualidad (el art. 4º refiere a la información “cierta, clara y detallada”, en tanto la norma proyectada alude a la información “clara, precisa, completa, veraz y comprensible”); 3. además de establecer que la información a proporcionar concierne a las características esenciales de los bienes y servicios y a las condiciones de su comercialización (referencia que se mantiene), prevé que también

(11) El art. 1100 del Cód. Civ y Com. establece lo siguiente: “el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión”.

(12) “Resulta esencial la información en etapas precontractuales —oferta y publicidad— para que el consumidor pueda prestar su consentimiento con los conocimientos necesarios para comprender el alcance y efectos de la contratación” (CNCom., sala F, 7/7/2016, “Fernández Eterovic, Jorge Alberto c. ALRA SA y otro s/ordinario”).

debe informarse “toda otra circunstancia relevante en razón de su naturaleza y particularidades”, en línea con lo establecido por el citado art. 1100 del Cód. Civ y Com., y 4. incorpora un agregado plausible desde la óptica de la función de prevención de daños, en tanto el deber de información es más abarcativo: comprende ahora la advertencia sobre “riesgos, incertidumbre y cuestiones ambientales” (13). Se reconoce así, implícitamente, que el deber de advertencia constituye un subtipo de la obligación de informar al consumidor (14).

En un interesante fallo se consideró que la capacidad de refrigeración de un equipo de aire acondicionado constituyó una característica esencial del producto tenida especialmente en cuenta por el consumidor al adquirirlo; y se juzgó que la empresa vendedora demandada al publicitar dos valores distintos en relación a sus frigorías (uno en el nombre con el que dio a conocer el equipo y otro en la etiqueta) infringió el deber de información (15).

En otro caso, se analizó la venta telefónica de un seguro contra incendio, y se concluyó que el actor-consumidor no fue debidamente informado sobre las condiciones del contrato, lo cual le impidió conocer cabalmente la extensión de la cobertura y sus limitaciones (16).

En otro precedente, se imputó a una empresa de medicina prepaga por no haber entregado al afiliado el reglamento del servicio de salud, ni notificado los aumentos del valor de la cuota mensual en razón de la edad (17).

En sentido opuesto, en cierto caso se rechazó la demanda por incumplimiento contractual al considerarse que la información suministrada al consumidor fue lo suficientemente clara para permitirle anoticiarse sobre la fecha y horario de salida de un avión. Se trató de la venta de un paquete turístico en el que fue juzgado que no medió cambio alguno en las condiciones acordadas que hubiera merecido una previa comunicación fehaciente a la pasajera —que perdió un viaje— para evitar confusión, ni medió prueba acabada del error imputado a la empresa de turismo (18).

Del modo en que el proveedor debe comunicar la información se ocupa el art. 13 del Anteproyecto en los siguientes términos: “La información deberá ser transmitida de conformidad a las siguientes reglas: 1. La información debe ser proporcionada de manera fácilmente accesible para el consumidor, mediante mecanismos apropiados para su adecuada comprensión, especialmente en el caso de consumidores hipervulnerables, cuando tal situación sea conocida o deba serlo por el proveedor, o resulte evidente en función de las circunstancias que conformen el contexto de la relación de consumo; 2. La información deberá ser comunicada de manera fehaciente bajo las siguientes reglas: a) en soporte papel o electrónico, a opción del consumidor, quien a tales fines deberá proporcionar una dirección electrónica; b) en los contratos celebrados por medios electrónicos, la información podrá transmitirse por la misma vía; c) conforme lo disponga otra disposición legal o reglamentaria; 3. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en idioma español, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario. En el caso de bienes o servicios importados, los proveedores son responsables del contenido de la traducción”.

Otros países se ocupan también de detallar en su legislación el alcance y características del deber de información. Tal es el caso de la ley 8078/1990 de Brasil, que prevé que la oferta y presentación de productos o servicios deben asegurar informaciones correctas, claras, precisas, ostensivas y en idioma portugués, sobre sus

(13) El Código de “Defesa do Consumidor” de Brasil (ley 8078 del 11 de septiembre de 1990) contiene una previsión similar, pues contempla que el consumidor tiene derecho a “... la información clara y adecuada sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de... los riesgos que puedan presentar” (cap. III, art. 6 III).

(14) TEVEZ, Alejandra N., “El deber de advertencia en las relaciones de consumo”, cit.

(15) CNCom., sala F, 19/2/2019, “Marotta, Germán Ricardo c. LG Electronics SA s/ordinario”.

(16) CNCom., sala F, 2/12/2014, “Antonio, Sergio Iván c. BHN Seguros Generales SA s/ordinario”.

(17) CNCom., sala F, 22/3/2018, “Guilinet Goldman, Jaime y otro c. Swiss Medical SA s/sumarísimo”.

(18) CNCom., sala C, 15/6/2017, “Cardoso, Silvia Beatriz c. Asatej SRL s/ordinario”.

características, calidad, cantidad, composición, precio, garantía, plazos de validez y origen, entre otros datos, así como riesgos que presenten para la salud y seguridad de los consumidores (art. 31). Con criterio similar el punto es regulado por la ley peruana (19), la paraguaya (20) y la boliviana (21).

(19) El art. 2º de la ley 29.571/2010 de Perú dispone, en lo que aquí interesa, lo siguiente: “Información relevante. 2.1. el proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. 2.2. La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano. 2.3. Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor...”.

(20) El art. 8º de la ley 1334/1998 de Paraguay establece: “Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes o presten servicios, suministrarán a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos. La oferta y presentación de los productos o servicios asegurará informaciones correctas, claras, precisas y visibles, escritas en idioma oficial, sobre sus características, cualidades, cantidad, composición, precio, garantía, plazo de validez, origen, dirección del local que presenten para la seguridad de los consumidores, en su caso”.

(21) El art. 14 de la ley 453/2013 de Bolivia establece: “El proveedor de productos o servicios, de conformidad a su normativa específica, está obligado a: a) Proporcionar información sobre las características, composición nutricional, forma de uso o conservación de los productos ofertados, de manera accesible para las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores; b) Proporcionar la información sobre los posibles riesgos que puedan afectar la salud e integridad física, que provengan del consumo o uso del producto o servicio; c) El proveedor de productos o servicios alimenticios, está obligado a tener información accesible con relación a la calidad del producto o del servicio y con las especificaciones e sus características principales; d) Consignar el precio total en moneda nacional que incluya los tributos, comisiones y cargas que correspondan; e) Informar oportunamente sobre los ajustes de tarifas en los servicios, así como el rango de precios que estén disponibles para un mismo producto o servicio; f) Proporcionar información en idioma castellano, de ser necesario a través de etiquetas complementarias y, en lo posible, en otro idioma oficial del Estado; g) Consignar en etiquetas

La misma línea sigue la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España (real decreto legislativo 1/2007), que prevé que, antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta, el empresario debe facilitarle de forma clara y comprensible la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas (art. 60).

En la búsqueda de una mayor precisión, el Anteproyecto establece que la información debe ser transmitida de modo: 1. fácilmente accesible, en el sentido de “comprensible” (es decir, con potencialidad para resultar efectivamente comprendida por el destinatario); 2. fehaciente, aunque apartándose aquí de la obligación de suministrarla como regla en soporte físico —según la previsión del actual art. 4º— (22) y avanzando hacia la posibilidad de proporcionarla en soporte electrónico; 3. gratuito (como lo exige también el art. 1100 del Cód. Civ y Com.), de donde el proveedor no puede imponer costos (23), y 4. en idioma español, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario y sin perjuicio de resultar el proveedor responsable del contenido de la traducción en caso de bienes o servicios importados.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de expedirse sobre el tipo de soporte en que cabe transmitir la información, destacando la prevalencia del soporte físico a menos que el con-

las equivalencias de peso, medida o volumen, cuando no correspondan al sistema nacional de pesas y medidas; h) Proporcionar información necesaria, cuando se cuente con una variedad de productos o servicios de similares características, para que las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores puedan asumir una decisión favorable a sus intereses. En caso de medicamentos con el mismo principio activo o denominación genérica, ofertar sus alternativas. i) Indicar la información de las ofertas, cuando se publiciten rebajas de precios o promociones; j) Otros que se determinen en normativa específica”.

(22) Se prevé que a) el consumidor puede optar por el soporte papel o electrónico; b) en los contratos celebrados por medios electrónicos puede utilizarse esa vía; y c) la información debe transmitirse según lo disponga otra disposición legal o reglamentaria.

(23) WAJNTRAUB, Javier, “La nueva configuración del deber de información genérico”, LL, Sup. Esp. Decreto de desburocratización y simplificación, 28/2/2018, p. 167.



sumidor opte por otro medio, opción que debe ser ejercida de modo expreso. Así fue considerado en un caso en el que estimó insuficiente la remisión a la página *web* de la demandada en la que figuraban las condiciones generales del contrato de asistencia al viajero que la vinculaba con la actora consumidora (24). Con el mismo criterio, también se consideró incumplido el deber de informar al consumidor las condiciones del convenio mediante el simple envío de un *e-mail* en el que, a su vez, se lo reenviaba a un *link* para que pudiera conocerlas, o, alternativamente, a la lectura de un archivo informático (25).

El Anteproyecto prevé el denominado “contenido mínimo” de la información a suministrar por el proveedor, lo cual constituye, a nuestro modo de ver, una novedad de trascendental importancia. Se trata de ciertos datos que deben ser conocidos ineludiblemente por el consumidor y operan a modo de “piso” de la información que debe recibir. Ellos no figuran en la LDC actualmente vigente.

Se lo prevé en estos términos: “Art. 14 Contenido mínimo. Sin perjuicio de lo establecido en las normas especiales, los proveedores están obligados a informar de manera fácilmente perceptible al consumidor, en función de las características del bien o servicio de que se trate, lo siguiente: 1. Denominación, composición, fecha de producción, fecha de vencimiento o caducidad e instrucciones para la instalación, uso, mantenimiento y funcionalidad; 2. Los riesgos e incertidumbres que entraña su utilización, cumpliendo con la normativa específica para su comercialización, de conformidad a lo establecido en el art. 17 segundo párrafo; 3. Datos identificatorios del proveedor: nombre, domicilio y número de CUIT; 4. Garantías y servicios de postventa y asistencia técnica; 5. Las condiciones de su comercialización: naturaleza y contenido del acto; modalidades de la ejecución del contrato; fecha de entrega, ejecución del contrato y su duración; en su caso, precio, formas y condiciones de pago, costos y cargos

adicionales, descuentos, tasas de interés, modalidades de financiación, y tributos a cargo del consumidor; 6. Cuando con posterioridad a la introducción de los bienes y servicios en el mercado se tome conocimiento de su peligrosidad, los proveedores deberán hacerlo saber inmediatamente a los consumidores, a su exclusivo costo y cargo, mediante mecanismos de comunicación eficientes que les garanticen la efectiva posibilidad de conocer tal circunstancia; entre otros, a través de anuncios publicitarios por la prensa, radio, televisión e internet. Deberán, también de manera inmediata, comunicarlo a las autoridades competentes, y en su caso, retirarlos del mercado”.

Se trata, bien se ve, de datos indispensables, que otras legislaciones también receptan como modo de evitar la existencia de distintas interpretaciones sobre el contenido de la información a transmitir. Es el caso de la ley 19.496/1997 de Chile (26); del Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú (27); de la ley española con puntual referencia a la oferta comercial (28), y de la ley brasileña en

---

(26) Que prevé que en la venta de bienes y prestación de servicios se considerará información comercial básica, además de lo que dispongan otras normas legales o reglamentarias, la identificación del bien o servicio que se ofrece al consumidor, así como también los instructivos de uso y los términos de la garantía cuando procedan (art. 1º, apart. 3º), constituyendo derecho del consumidor la información veraz y oportuna sobre los productos ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos (art. 3º, apart. b)).

(27) Que contiene distintas normas detalladas en el capítulo II, subcapítulo 1: art. 2º, información relevante; art. 3º, prohibición de información falsa o que induzca a error al consumidor; art. 4º, información sobre la integridad del precio; art. 5º, exhibición de precios o listas de precios; art. 6º, información de precios en moneda nacional y extranjera; art. 7º, medio de pago; art. 8º, información sobre productos manufacturados; art. 9º, información acerca de las limitaciones en el suministro de partes y accesorios; art. 10, información acerca de los productos envasados; art. 11, información sobre productos no originales o con defectos.

(28) El art. 20 del real decreto legislativo 1/2007 establece en su art. 20: “Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios. 1. Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre

---

(24) CNCom., sala B, 18/12/2018, “Morasso, Alfredo Martín y otro c. Universal Assistance Argentina SA s/ordinario”.

(25) CNCom., sala D, 6/11/2018, “Spagnoli, Raúl c. Assist Card Argentina SA de Servicios s/ordinario”.

lo que respecta a la operatoria de créditos para consumo (29).

En términos generales, se asume que los datos identificatorios del proveedor, así como el nombre, composición, fecha de elaboración y vencimiento del producto, instrucciones de uso e instalación, garantías, servicio de postventa, precio, modalidades del contrato, gravámenes, etc., deben formar parte, necesariamente, de la información a suministrar.

El Anteproyecto incluye en este “contenido mínimo” la obligación del proveedor de advertir sobre: i) los “riesgos e incertidumbres” que entraña la utilización del bien o servicio de que se trate, y ii) la “peligrosidad” de los bienes y

la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información: a) Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa; b) Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado; c) El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario. En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos a dos procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiéndose por tal la definida en el art. 4.1. de la Ley de Competencia Desleal; e) En su caso, existencia del derecho de desistimiento. 2. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior será considerado práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”.

(29) Art. 52 de la ley de Brasil 8078/1990: “En el suministro de productos o servicios que incluya otorgamiento de crédito o concesión de financiamiento al consumidor el proveedor deberá, entre otros requisitos, informarlo previa y adecuadamente sobre: I. precio del producto o servicio en moneda corriente nacional; II. monto de los intereses de mora y de la tasa efectiva anual de intereses; III. aumentos legalmente previstos; IV. número y periodicidad de las cuotas; V. suma total a pagar, con y sin financiamiento”.

servicios de la que tome conocimiento luego de haberlos introducido en el mercado. En este último caso, deberá hacer saber el hecho inmediatamente a las autoridades competentes y a los consumidores, a quienes deberá informar “... a su exclusivo costo y cargo, mediante mecanismos de comunicación eficientes que les garanticen la efectiva posibilidad de conocer tal circunstancia: entre otros, a través de anuncios publicitarios por la prensa, radio, televisión e internet...”

Se ha buscado incluir la previsión contenida en el art. 4º del decreto reglamentario 1798/1994 que establece que el proveedor tiene la obligación de informar en todo momento acerca de la peligrosidad que hubiere advertido con posterioridad a la introducción del producto en el mercado, aun cuando los efectos de la relación con el consumidor se hubieran agotado (30).

Una norma similar establece la ley brasileña —citada expresamente como fuente consultada en los Fundamentos del Anteproyecto— (31) y la uruguaya (32). Y tal es, por lo demás, el criterio que preside las resoluciones del Mercosur 125/1996 y 1/2010 —también consultadas por la Comisión Reformadora— (33).

(30) Se trata de un deber de información poscontractual.

(31) Ver pto. II.

(32) Ley 17.250/2000 de Uruguay, art. 11: “Los proveedores de productos y servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado, tomen conocimiento de su nocividad o peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores. En este último caso, la comunicación se cumplirá mediante anuncios publicitarios”.

(33) La resolución del Mercosur 125/1996 establece que i) “Los proveedores de bienes y servicios deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, de acuerdo con la naturaleza de los mismos...”; ii) “Los proveedores de productos o servicios peligrosos o nocivos para la salud o seguridad deberán informar, en forma ostensible y adecuada, sobre su peligrosidad o nocividad, sin perjuicio de la adopción de otras medidas que puedan tomarse en cada caso concreto...”; y iii) “Cuando uno de los Estados Partes tenga conocimiento de la peligrosidad o nocividad de productos o servicios para la salud o seguridad de los consumidores, deberá informarlo a los demás Estados Partes inmediatamente”. La resolución 1/2010 del Mercosur establece que los productores de productos

La parte final del art. 14 incorpora el denominado *recall* o procedimiento mediante el cual, de corresponder, el proveedor retira un producto del mercado en razón de su peligrosidad (34). La previsión tampoco es extraña al derecho comparado (35).

#### c. La sobreinformación

El Anteproyecto se ocupa expresamente del problema de la sobreinformación, ausente en la ley vigente.

En este sentido, la conceptualiza como “el suministro de información en exceso, o de suma complejidad, sin las aclaraciones necesarias para que sea asequible por su destinatario, o que, de cualquier manera, por tales razones, impida la adecuada comprensión del mensaje y sea relevante en función del bien o servicio de que se trate” (art. 15).

Resulta claro que si hay sobreinformación se desbarata el objetivo perseguido con el suministro de información, cual es reestablecer el equilibrio que existe entre proveedores y consumidores. El exceso de información constituye un ejercicio abusivo del deber impuesto al proveedor y genera responsabilidad objetiva.

La sobreinformación tiene, según el Anteproyecto, “los mismos efectos que el incumplimiento de la obligación de informar” (art. 15).

La ley peruana, fuente consultada por la Comisión Reformadora, también se ocupa de la cuestión (36).

---

o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado, tengan conocimiento de su peligrosidad o nocividad, deberán comunicarlo inmediatamente a las autoridades nacionales competentes; y que cuando un Estado Parte tenga conocimiento de la misma circunstancia, deberá informarlo inmediatamente a los demás Estados Partes.

(34) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor comentado*, cit., p. 256.

(35) Tal es el caso de las leyes de Perú (ley 29.571, art. 28); Chile (ley 19.496, art. 46); Paraguay (ley 1334, art. 34), y Bolivia (ley 453, art. 9.III), entre otras.

(36) Al referirse a la información relevante, el art. 2º de la ley 29.571 señala en su punto 4 que “Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de

#### d. Responsabilidad

La obligación de informar a los consumidores constituye en el Anteproyecto un deber de hacer en los términos del art. 774, inc. c), del Cód. Civ y Com. Así lo prevé el art. 16, primer párrafo, que establece que “... su incumplimiento total, parcial o defectuoso genera responsabilidad objetiva de acuerdo a lo establecido en el art. 1723 del mismo cuerpo legal”.

En un fallo se juzgó que la modificación unilateral de una cláusula efectuada por la aseguradora disminuyendo el riesgo cubierto del seguro de vida colectivo facultativo contratado, resulta inoponible al asegurado, pues aquella infringió el deber de información (37). Y en otro, se hizo lugar al reclamo del actor que perseguía el pago de un seguro de vida, al considerarse que la aseguradora incumplió aquel deber por no haberle otorgado nunca copia de la póliza ni del certificado de cobertura (38).

También se responsabilizó a la demandada en otro precedente jurisprudencial en el que se encontró probado que aquella, una empresa de medicina prepaga, no informó a una afiliada de la existencia de un plan médico asistencial de superiores prestaciones al que se encontraba adherida pero de inferior costo mensual (39).

Inversamente, en otro caso se rechazó la acción promovida contra una administradora de planes de ahorro para la adquisición de automotores, por considerarse que el contrato celebrado con el consumidor disponía de modo completo y claro cuál era la mecánica que se seguiría en caso de sorteo y licitación (40).

---

confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado”.

(37) CNCom., sala E, 21/6/2018, “Amores, Bernardo Vicente y otros c. Caja de Seguros SA s/ordinario”.

(38) CNCom., sala F, 11/12/2014, “Marchetti, Luciano Antonio c. Provincia Seguros SA y otro s/ordinario”.

(39) CNCom., sala D, 14/8/2018, “Fernández, Laura c. Galeno Argentina SA s/ordinario”.

(40) CNCom., sala F, 8/3/2018, “Cueli, Elizabeth Edith c. Volkswagen SA de Ahorro para fines determinados s/sumarísimo”.

Resulta interesante destacar la incorporación de cierta regla procedimental referida a la distribución del peso de la prueba (carga de la prueba) del cumplimiento del deber de informar, que, de acuerdo con el Anteproyecto, recae sobre el proveedor. La previsión es socialmente deseable (41) y compatible con la finalidad protectora de la legislación consumeril. Adicionalmente, se encuentra en línea con la previsión del tercer párrafo del art. 53 de la ley vigente que coloca en cabeza del proveedor la obligación de aportar todos los elementos probatorios obrantes en su poder y de prestar colaboración para el esclarecimiento de la causa. En efecto, es claro que es el proveedor quien cuenta con el caudal de información necesario sobre los extremos de la operatoria, por lo cual le corresponde aportar al pleito los elementos de juicio suficientes (42).

#### e. Los efectos del incumplimiento

El Anteproyecto avanza sobre la legislación vigente al regular en forma expresa los efectos del incumplimiento del deber de informar que pesa sobre el proveedor.

La parte final del art. 16 establece lo siguiente: “Sin perjuicio de los demás efectos establecidos en esta ley o en leyes especiales: 1. En la etapa precontractual, el incumplimiento de la obligación de informar facultará al consumidor, a su libre elección, a exigir su cumplimiento, o si el contrato se hubiese perfeccionado, a pedir la nulidad, o de una o más cláusulas; 2. En la etapa contractual, el consumidor podrá optar por exigir el cumplimiento o resolver el contrato, cuando el incumplimiento fuere esencial; 3. En todos los casos, incluso en la etapa postcontractual, podrá reclamar el resarcimiento de los daños ocasionados”.

(41) FRISICALE, María Laura, “El deber de información como medida de prevención del daño y su relación con la carga de la prueba”, LL, DDCCyE 2013 (febrero), 1/2/2013, p. 81.

(42) JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, María Constanza, “El deber de información al consumidor”, LL 2012-B-1159.

También en este punto la previsión no es ajena a la legislación de otros países. Ejemplo de ello es el caso de la ley uruguaya (17.250/2000) que establece que “La violación por parte del proveedor de la obligación de actuar de buena fe o la transgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato, en todos los casos más los daños y perjuicios que correspondan” (art. 32).

#### IV. Palabras finales

La protección del consumidor se logra proporcionándole un nivel de información suficiente que le permita tomar una decisión jurídica y económica debidamente reflexionada y acorde a sus intereses.

Constituye un avance de suma importancia la incorporación del Estado como sujeto pasivo del deber de suministrar información en un rol activo, obligado tanto a generarla y transmitirla cuanto a impartir programas de formación y educación de los consumidores. Es a partir de la capacitación en la materia que aquellos podrán tener conciencia de sus derechos y obligaciones. El activo papel que juega el Estado en la producción y transmisión de la información, así como en la educación, contribuirá a paliar la desigualdad intrínseca que resulta connatural a la relación de consumo.

El Anteproyecto acierta también al extender y regular más detalladamente el deber de información a cargo del proveedor, disponiéndose desde su contenido mínimo hasta la responsabilidad que le cabe y los efectos en caso de incumplimiento.

Finalmente, resulta plausible que se garantice especialmente este derecho y se acentúe el deber del proveedor y el del propio Estado en el caso de los consumidores hipervulnerables, hasta ahora ignorados por nuestra legislación en la materia.

# Los deberes de protección y seguridad en la regulación del Anteproyecto de la nueva Ley de Defensa del Consumidor

---

MARCELO C. QUAGLIA (\*)

## I. Introducción

Como se plantea en los fundamentos del Anteproyecto de la nueva Ley de Defensa del Consumidor, si bien la ley 24.240 (y sus incesantes y variadas modificaciones) se ha evidenciado, en líneas generales, como un instrumento eficaz para la tutela y en amparo de los consumidores y usuarios, hoy se advierte la necesidad de un *aggiornamento*, a los fines de otorgar a este especial sistema (1) una mayor eficacia y un encuadre apropiado dentro del sistema jurídico

---

(\*) Juez en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario. Profesor ordinario de Derecho del Consumidor y de Contratos Civiles y Comerciales (parte general y especial) en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario dependiente de la UCA. Magíster en Derecho Empresario, graduado en la Universidad Austral. Especialista en Derecho de Daños, graduado en la UCA. Director en la Carrera de Especialización en la Magistratura en la UCA. Director del Instituto de Derecho Privado del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Santa Fe. Miembro del Instituto Argentino de Defensa del Consumidor.

(1) Debemos recordar que el régimen de tutela de los consumidores y usuarios ha sido definido como un microsistema jurídico comprensivo de un pequeño conjunto de normas que, sin demasiado orden ni relación entre sí, tratan de realizar una justicia todavía más concreta y particular (que la del sistema y de los subsistemas), para sectores aún más determinados (el consumidor, el dañado, el locatario, el asegurado, etc.) (NICOLAU, Noemí L., "La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado", en *Revista de Estudios del Centro*, nro. 2, Universidad Nacional de

argentino (ponderando así los principios constitucionales, los Tratados de Derecho Internacional y el Código Civil y Comercial, entre las normas más relevantes), para que, a través del llamado diálogo de fuentes, se logre arribar a la solución más justa en cada caso concreto (arg. arts. 1º y 2º, Cód. Civ. y Com.).

Interesante resulta la metodología que propone esta nueva regulación (cuestión sobre la que no nos detendremos, dado que excede el propósito de estas líneas), estableciendo en su primer título lo que denomina el "Sistema de Protección de Consumidor", donde (como se explicita en los referidos fundamentos) se procura determinar una teoría general del régimen, estableciendo sus elementos centrales (relación de consumo, principios, derechos, deberes y diálogo de fuentes).

Dentro de este esquema, en la sección cuarta de dicho título se enumeran una serie de deberes que se imponen en la relación de consumo, enunciando en su párrafo tercero (y en cabeza del proveedor) los deberes de protección y seguridad (arts. 17 y 18 del Anteproyecto). Nos han encomendado en esta ocasión efectuar un breve análisis sobre dichas normas, así como su incidencia y eventual eficacia en el contexto actual de la sociedad argentina.

---

Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, 1997, p. 80).

## II. Los deberes de protección y seguridad: deberes generales en el marco de la relación de consumo

De manera similar al texto vigente (2) (aunque, como veremos, notoriamente enriquecido), la norma incorpora en el contexto general de la relación de consumo los deberes de protección y seguridad, siguiendo en esa materia los lineamientos existentes a nivel universal.

Así, las directrices de la Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (en su versión ampliada de 1999) consagran, entre otros (3), la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; así como la promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores. Similar línea sigue la normativa del Mercosur, la que considera como derechos básicos del consumidor (4) la protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos causados en el suministro de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos, así como la prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales y morales, respecto de los derechos individuales y colectivos o de los intereses difusos.

También la ley de consumidores española (5) refleja entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad, así como la tutela de sus intereses económicos y sociales, entre otros.

Asimismo, no puede dejar de recordarse que los Stiglitz (6) han intentado sistematizar los derechos esenciales de los consumidores, enun-

ciando entre los sustanciales los derechos a la seguridad (que incluye la protección de la vida, la salud, la integridad, el medio ambiente y también la prevención de daños), a la información y a la protección de intereses económicos (calidad de productos y servicios, justicia contractual, reparación de daños y efectos vinculantes de la publicidad).

Finalmente, aunque no por ello menos relevante, la propia Constitución Nacional consagra expresamente, entre los derechos que se han calificado como fundamentales de los consumidores (7), la protección de su salud, seguridad e intereses económicos.

De esta manera, advertimos que la consagración expresa de la protección y la seguridad como deberes generales en cabeza de los proveedores y en el marco de toda relación de consumo se evidencian como apropiadas y correctas. Y es que, de la lectura del texto proyectado claramente puede inferirse cómo estos deberes se insertan de manera transversal en el ámbito de las relaciones de consumo tutelando y amparando al consumidor durante todo el *iter* de la misma y aun cuando esta hubo finalizado (responsabilidad poscontractual). En tal sentido, se advierte su reconocimiento expreso en materia de prevención de riesgos (art. 5º, inc. 8º, ss. y concs.), prácticas abusivas (art. 26), protección antecontractual (art. 40), reparaciones no satisfactorias dentro del régimen de garantías (art. 61), conexidad contractual (art. 65) y producto o servicio defectuoso (art. 110), entre otros.

### II.1. El contenido de las normas

Dos son las disposiciones que se incorporan en este párrafo, el art. 17 intitulado (a la usanza de la metodología implementada por el Cód. Civ. y Com.) “Deberes de protección y seguridad” y el art. 18, intitulado “Condiciones de seguridad”.

(2) Arts. 5º y 6º de la ley 24.240, contenidos en el título primero (“Normas de protección y defensa de los consumidores”).

(3) Art. II.3, directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (versión ampliada de 1999).

(4) Anexo resolución 124/1996, Grupo Mercado Común, Mercosur.

(5) Art. 8º, real decreto legislativo 1/2007 de España, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (con su última revisión vigente desde el 2 de marzo de 2015).

(6) STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 47.

(7) STIGLITZ, Gabriel, “Los principios del derecho del consumidor y los derechos fundamentales”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 309.

*II.1.1. Art. 17: deberes de protección y seguridad. Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación*

Entendemos que esta es la norma más rica en la materia, no solo por extensión sino también por contenido. En efecto, el art. 17 consagra expresamente los deberes de protección y seguridad, imponiendo en cabeza de los proveedores la obligación de proteger tanto la persona como los bienes de los consumidores en el ámbito de la relación de consumo.

De esta forma, con buen criterio y siguiendo la tenencia ya generalizada en nuestro derecho, la obligación no se impone únicamente a la parte contratante, sino que se impone a toda "persona humana o jurídica, de naturaleza pública o privada, que actúa de modo profesional, aun ocasionalmente, desarrollando actividades de producción, prestación de servicios, montaje, creación material o intelectual, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución, comercialización o transporte, destinadas a consumidores o usuarios" (conforme a la definición de proveedor contenida en el art. 4º de Anteproyecto, la cual sigue en líneas generales la que contiene actualmente la norma).

Como destacamos, tal ha sido la razonable tendencia imperante en nuestro derecho y, a fin de evitar interpretaciones dudosas o maliciosas (las que eventualmente admiten los arts. 5º y 6º de la ley 24.240, al no individualizar a los sujetos de los derechos y obligaciones que se consagran), el texto proyectado lo impone en cabeza de todos los proveedores que participen en la relación.

Otra cuestión interesante, y que vale la pena destacar, radica en que la tutela no se limita al ámbito de la persona (salud, seguridad, etc.), sino que se extiende al amparo de su patrimonio (en la referencia a los bienes del consumidor), protegiendo así también sus intereses económicos. De esta manera se preserva la línea que ya ha marcado nuestra Constitución Nacional (y que refiriéramos *supra* (8)), tutelando no solo la persona del consumidor sino también sus intereses económicos. Tal posición ya ha sido sustentada en el ámbito jurisprudencial

(8) Ver cita precedente.

en relación con el art. 40 de la actual norma (9), interpretación que naturalmente resulta extensible (y así lo alentamos) al supuesto de marras.

Delimitado así el sujeto pasivo y el ámbito de los bienes a tutelar, cabe inferir a quién debe considerarse sujeto activo de estos deberes. Dicha protección se determina a favor del consumidor (definido en el art. 2º del Anteproyecto), y en el marco de la relación de consumo (definida en el art. 1º de la norma proyectada) (10).

No podemos dejar de plantear el interrogante sobre si estas normas deben aplicarse también al llamado expuesto a la relación de consumo, cuestionamiento que el mismo Anteproyecto pareciera aclarar en su art. 2º al destacar que "Las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad son aplicables a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo". Conforme lo destacado, aquellos expuestos a una relación de consumo que sufran un perjuicio o eventual perjuicio en su persona o en sus bienes podrían ser sujetos activos de los deberes consagrados por estas normas (11).

La disposición se condice además con el texto del Cód. Civ. y Com. (legislación integrada a este régimen a través del llamado diálogo de fuentes, integración expresamente reconocida en el art. 28 del Anteproyecto), norma que en materia de prevención del daño incorpora una amplia

(9) CNCCom., sala A, "Repetto de Marino c. Electrodomésticos Aurora y otro", RCyS 2003-802.

(10) A cuyos textos nos remitimos.

(11) Lo reseñado no implica desconocer que el texto del art. 2º contiene algunas cuestiones que sería interesante aclarar. La norma plantea que lo que se aplica al expuesto son "las reglas sobre", ¿cuál es el alcance o interpretación jurídica que debe dársele a ese texto?, ¿qué implica que deba aplicarse las reglas?, ¿comprende derechos, obligaciones, responsabilidades, etc.? Naturalmente nos inclinamos por una respuesta afirmativa, aplicar las reglas sin poder imponer sanciones ante su incumplimiento no tendría mucho sentido.

Otro cuestionamiento puede generarse en relación con el deber de protección, deber al que el art. 2º no refiere. ¿Queda este igualmente comprendido en el ámbito del expuesto? Advertimos dificultoso escindir ambos deberes (ya hasta llegamos a plantearnos si la protección y la seguridad no integran un único deber general), razón por la que nos inclinamos por considerarlo incorporado (los argumentos detallados seguidamente respaldarán esta conclusión).

gama de legitimados, admitiendo a todo aquel que detente un interés razonable en la prevención del daño<sup>(12)</sup>. A mayor abundamiento, y efectuando una interpretación integral del texto legal se advierte que, por ejemplo, al referir a la comunicación que debe dar el proveedor de eventuales riesgos que pueda suponer el uso de ciertos bienes o la prestación de servicios, impone que la misma se lleve a cabo con relación al público en general (extendiéndose así, naturalmente, al llamado expuesto).

Vale también recordar que tal ha sido la posición sustentada por nuestro Máximo Tribunal al aplicar el régimen de tutela de defensa del consumidor en el ámbito de la protección de la persona de un sujeto expuesto a una relación de consumo, aunque no involucrado de manera directa con la misma<sup>(13)</sup>.

#### *II.1.2. Art. 17: deberes de protección y seguridad. Pautas generales*

La disposición, con buen criterio, sienta pautas generales con relación al contenido de los deberes consagrados, evitando así caer en enunciaciones que luego pretendan calificarse de taxativos o que se tornen abstractos por el transcurso del tiempo o, por ejemplo, en razón de la evolución de la tecnología. De esta manera se le brinda a la norma la necesaria elasticidad para que el operador jurídico pueda adecuarla en el caso concreto a las circunstancias fácticas específicas que se planteen (similar lineamiento plantea nuestro Cód. Civ. y Com., instituyéndose como una regulación de casos<sup>(14)</sup>).

Atento a lo reseñado, el texto impone en primer lugar la exigencia que se adopten las medidas necesarias para proteger la persona y bienes del consumidor, enunciando seguidamente dos

conductas particulares, las que (naturalmente) no agotan el deber impuesto.

Ahora bien, el título del párrafo, así como el del artículo 17 (deberes de protección y seguridad), nos llevan a preguntarnos si nos encontramos en presencia de dos deberes diferenciados. En tal sentido, se evidencia que el cuerpo normativo refiere muchas veces en forma exclusiva al deber de seguridad<sup>(15)</sup>, y que al mencionar la protección del consumidor lo hace en realidad en forma genérica y remitiendo a la tutela de todo el régimen (sistema de protección de los consumidores y usuarios) no considerándolo como un deber en particular. De esta forma, el art. 17 es la única norma que los trata conjuntamente.

Si bien el texto proyectado pareciera referir a dos deberes distintos (protección y seguridad), del análisis de su contenido no se desprende claramente tal diferenciación y resulta hasta dificultoso escindir un supuesto de protección de uno de seguridad, razón por la que entendemos que debe considerarse que el deber consagrado es uno solo resultando hasta recomendable (dadas las referencias generales de la norma), circunscribirlo al deber de seguridad<sup>(16)</sup> (ya plenamente consagrado y conocido en nuestro ámbito jurídico) aunque, obviamente, manteniendo el contenido regulado (el cual, como referimos, ha enriquecido su contenido).

#### *II.1.3. Art. 17: deberes de protección y seguridad. Conductas particulares*

Dos son los supuestos en particular que el Anteproyecto ha considerado necesario determinar expresamente: a) la garantía de inocuidad de los bienes y servicios que el proveedor incorpora al mercado (sin perjuicio de las reglamentaciones especiales, aclara el texto<sup>(17)</sup>), y b) los recaudos que debe tomar el proveedor

(12) Estamos citando el art. 1712, Cód. Civ. y Com., norma a la que remite el art. 107 del Anteproyecto, encontrándose este último contenido en el título IV, al que a su vez remite en su última parte el artículo que comentamos.

(13) CS, 6/3/2007, "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", Fallos 330:563.

(14) PONCE, Carlos R., "La tutela judicial efectiva en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, 2016 (agosto), p. 1; *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, 2016 (septiembre), p. 6, AR/DOC/1686/2016.

(15) Arts. 2º, 3º, 6º, incs. 8º, 9º, punto 1, 11, 18, 26, inc. 5º, 40, 61, 65, 68, 102, 110, 111 y 117.

(16) Como ya hemos visto, la enunciación de ambos deberes en forma conjunta hasta plantea la duda sobre si el llamado deber de protección se extiende al expuesto a la relación de consumo.

(17) Existen bienes o servicios que por su relevancia cuentan con normas propias de seguridad, vinculadas con la fabricación, comercialización o prestación (medicamentos —ley 16.463—, alimentos —Código Alimen-



ante la comercialización de bienes o servicios que puedan suponer un especial riesgo para la salud o integridad física de los consumidores.

Conforme a la definición de la Real Academia Española(18), es inocuo aquello que no hace daño, característica que la norma demanda en los bienes o servicios que el proveedor incorpore en el mercado.

Dicha conducta inmediatamente es excepcionalada por la misma disposición al referir a los bienes o servicios que puedan suponer un especial riesgo para la salud o integridad física de los consumidores (o sea aquellos que, al menos potencialmente, no son inocuos).

De esta manera, la garantía de inocuidad pareciera diluirse. Una interpretación conforme al principio de razonabilidad o lógica (las normas no se redactan para neutralizarse entre sí) debe integrar ambas disposiciones distinguiendo entre bienes y servicios inocuos por naturaleza (en cuyo caso la garantía de inocuidad rige plenamente) de aquellos riesgosos o peligrosos para el consumidor, supuesto en el cual la garantía de inocuidad también debe mantenerse, exigiéndose a los fines de preservar esa garantía una mayor actividad del proveedor, quien debe incrementar la información que brinda, advirtiendo los riesgos que puede generar el uso del bien o la prestación del servicio, preservando así la seguridad (en su persona y en sus bienes) del consumidor.

En síntesis, la pauta general consagrada previamente (ver apartado precedente), impone la garantía de inocuidad, tanto en bienes y servicios inocuos por su naturaleza como en aquellos potencialmente dañosos. De esta manera, la inocuidad se evidencia como parte del recaudo general impuesto, detallando la norma dos conductas puntuales tendientes a garantizar dicha inocuidad.

Un claro ejemplo de este planteo puede encontrarse en la normativa española, la que de-

---

tario Argentino, decreto 2126/1971, reglamentario de la ley 18.284—, etc.).

Naturalmente el cumplimiento de las disposiciones administrativas en dicha materia no podrá considerarse como un eximente de eventuales responsabilidades que se generen.

(18) En <https://dle.rae.es/?id=LhnhH19>.

termina, respecto a la inocuidad de los bienes y servicios, que se consideran seguros a aquellos que “no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas” (19). De esta forma la norma incorpora, dentro de la obligación, tanto los bienes y servicios inocuos por su naturaleza como aquellos que no lo son.

La referida disposición cuenta similitudes con la resolución 125/1996 del Mercosur, la que expresa que los productos y servicios únicamente podrán ser colocados en el mercado de consumo cuando no presenten riesgos para la salud o seguridad de los consumidores, salvo aquellos riesgos considerados normales y previsibles por su naturaleza y utilización.

En este sentido, destacaba Wajntraub que el deber de seguridad implica una obligación de resultado en donde el factor de atribución es la garantía(20), de inocuidad (nos permitimos agregar).

De esta manera, y como señala Chamatropulos(21) (aunque en referencia al deber de seguridad), dicha inocuidad impone la evaluación del producto no solo en forma aislada, sino que también demanda que el proveedor considere eventuales combinaciones que en forma normal o habitual el consumidor pueda efectuar con otros bienes o servicios (naturalmente referimos a combinaciones que sean razonablemente previsibles para el proveedor). Refiere el citado autor el caso de una condena a un laboratorio por los daños derivados de los efectos adversos de un medicamento, donde no se especificó que su combinación con determinadas drogas estaba contraindicada(22).

---

(19) Art. 11.2, real decreto legislativo 1/2007 de España.

(20) WAJNTRAUB, Javier H., “Análisis exegético de la ley”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 81.

(21) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, comentario al art. 5°.

(22) CNCiv., sala A, 22/8/2012, “R., F. E. c. Bayer SA y otros s/daños y perjuicios”, cit.

Ahora bien, ¿en qué consiste entonces esa exigencia específica que la norma impone al proveedor ante la incorporación al mercado de bienes o servicios que no son inocuos por su naturaleza? Simplemente se plantea un agravamiento del deber de información: el llamado deber de advertencia (23).

*II.1.4. Art. 17: deberes de protección y seguridad. El deber de advertencia*

Conforme a lo expuesto, el art. 17, luego de determinar las pautas genéricas de conducta en relación con el cumplimiento del deber de seguridad, impone un especial comportamiento respecto al proveedor que incorpora al mercado bienes o servicios que puedan suponer un especial riesgo para la salud o integridad física de los consumidores.

En tales situaciones, deberá el proveedor extremar los mecanismos de seguridad en su comercialización (obligación que también se presenta como genérica y deberá ponderarse en cada caso) e incorporar instrucciones e información que garantice esa seguridad, presentada de manera ostensible y, en su caso, utilizando signos de alerta universalmente reconocidos (sin perjuicio de otras medidas que dispongan las autoridades en situaciones concretas).

Este deber ha sido denominado en nuestro derecho como el deber de advertencia, y vincula de manera directa el deber de información y el de seguridad, generando un deber de información agravado (que generalmente se evidencia en la etapa antecontractual): el llamado deber de advertencia. Este apunta a poner de relieve, por ejemplo, características del bien, del servicio o de las condiciones en las cuales dichos bienes o servicios se comercializan (24), que pue-

(23) Regulado actualmente en el art. 6º de la ley 24.240.

(24) Al respecto resulta recomendable analizar el fallo "Bloise de Tucci, Cristina c. Supermercado Mackro SA", SC Mendoza, sala I, 26/7/2002, LL Gran Cuyo 2002-726 que, con anterioridad a la reforma de la ley 24.240 del año 2008, expresamente ampliaba las exigencias del art. 4º sobre información (limitadas a los bienes o servicios) a las condiciones en las que los mismos son comercializados. Cabe destacar que con posterioridad al referido fallo esta fue la posición adoptada en forma unánime en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, septiembre 2005, Comisión II:

den tomarlos peligrosos para el adquirente (25) o los usuarios.

La relación existente entre este llamado deber de advertencia y la obligación de seguridad que pesa sobre el proveedor de bienes o servicios es, naturalmente, evidente: "la primera necesidad para preservar la seguridad de los consumidores es hacerles conocer los peligros que pueden presentar los productos y los servicios" (26). Con acierto destaca Mosset Iturraspe que "mientras la información apunta a evitar los riesgos de daños, la desinformación es creadora de tales riesgos. De esto se deriva que la información incida en 'la distribución, adjudicación o asunción de los riesgos'" (27).

Asimismo, la exigencia del cumplimiento del deber de advertencia se presenta claramente como mecanismo de evitación de daños, en una clara concordancia con las nuevas tendencias en el derecho de daños, donde se procura prevenir el perjuicio más que repararlo. Estamos ante una manifestación típicamente preventiva de los riesgos (28).

En tal sentido, Sozzo, expresamente ha señalado que "el establecimiento de deberes de información significa, desde el punto de vista del

---

Obligación de seguridad en el derecho de daños: "corresponde efectuar una interpretación amplia de las mencionadas normas haciendo extensiva su aplicación a las cosas a través de las cuales la relación de consumo se establece" (LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006).

Hoy en día, tanto el art. 4º de la ley 24.240 como el art. 1100, Cód. Civ. y Com., imponen la obligación de informar todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios y las condiciones de su comercialización.

(25) Así lo define expresamente CASIELLO, Juan J., *El deber de información precontractual, en homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. II, p. 44.

(26) CASIELLO, Juan J., "El deber de información precontractual", cit. p. 45, citando textualmente a CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consommation*, 10<sup>ème</sup> éd., Précis Dalloz, París, 1986, p. 249.

(27) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Análisis introductorio", en MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor*, cit., p. 21.

(28) Así lo destaca expresamente WAJNTRAUB, Javier, en "Servicios prestados por empresas: la problemática del riesgo empresario", RDPyC 2005-2-180,

daño y su regulación, la adopción de un sistema preventivo, por oposición al de los vicios del consentimiento y nulidad consiguiente, que actúan frente al daño ya producido” (29). Tal planteo se ve destacado (como reseñaremos *infra*) por la remisión del texto al título IV del Anteproyecto, donde se regula la prevención del daño.

Ahora bien, aun cuando reseñáramos que usualmente este deber se verá configurado en el camino a la celebración de un contrato (antecontractual), no es este el único ámbito en el que entrará en juego: ya que, al resultar un deber derivado del principio de la buena fe, impera durante todo el *iter* contractual, y aún luego de finalizado el mismo (30).

¿Cuál es el contenido de este nuevo deber? La norma, en la línea que plantea todo el texto, efectúa una serie de consideraciones generales donde se exige que la advertencia sea ostensible, a través de signos universalmente reconocidos (en su caso), debiendo caracterizarse por ser transparente, precisa y adecuada, comunicada al público sin dilaciones (a los fines de disminuir las consecuencias dañosas), y su llegada y comprensión por parte de todos los sectores sociales esté garantizada. Asimismo, las advertencias sobre riesgos deben ser especialmente individualizadas y destacadas para favorecer su identificación por los consumidores.

La disposición considera que la información (en el caso la advertencia que debe brindarse) debe ser estructurada por el proveedor (sujeto pasivo) a través de un diálogo que entable con el consumidor (sujeto activo). Ello implica ponderar las particulares condiciones y características de los sujetos que integran el mercado en el que se pretende insertar el producto o servicio (especialmente cuando media la presencia

de consumidores hipervulnerables)(31). No basta que el proveedor advierta, lo debe hacer en forma razonable y tomando en especial consideración quién es el destinatario de su mensaje, así como cuáles son las condiciones normales y previsibles de uso del bien o el servicio, tomando, de esta manera, las previsiones que correspondan (naturalmente una situación fáctica que dependerá en cada caso)(32) y aun (como señaláremos *supra*) considerando eventuales combinaciones en las que, de manera razonable o previsible, el consumidor utilice el bien (medicamentos junto con otros, aerosoles cerca de fuentes de calor, etc.)(33).

Evidentemente, el deber de advertencia se impone conforme a las circunstancias de hecho y ante supuestos específicos donde su incumplimiento (sea total o parcial —cuando se presta de manera insuficiente—) se constituirá en fuente generadora de daños y además implicará considerar responsable a quien omitió cumplir con el referido deber.

(31) Reconocidos en el art. 3° del Anteproyecto.

(32) Un claro ejemplo de esta situación se presenta en el fallo “Hubbard-Hall Chem. Co. v. Silverman”, United Status Court of Appeals, First Circuit, 1965 (ver en NOEL - PHILLIPS, *Products liability. Cases and materials*, 2ª ed., St. Paul, Minnesota, 1982, ps. 500 y ss). En la citada causa, tramitada en los Estados Unidos, dos trabajadores de origen portorriqueño fallecen al inhalar un producto insecticida empleado para fumigar. Cabe destacar que en la presentación del producto se detallaba claramente qué peligros aparejaba el bien, así como la necesidad de la utilización de guantes, máscaras y ropa especial para su tratamiento.

La cuestión radicaba en que los trabajadores fallecidos no entendían la lengua inglesa escrita, razón por la cual no usaron protección a pesar de las advertencias vertidas en el producto. Si bien claramente podía alegarse “hecho de la víctima”, se consideró que el mismo no resultaba suficiente para exonerar la responsabilidad del fabricante del producto.

El tribunal entendió que el fabricante debió prever que productos del tenor del usado eran manejados por trabajadores del campo, de limitada formación y habilidad para leer por lo que, sin perjuicio del texto escrito, se debió incorporar un símbolo o gráfico adecuado a la instrucción de estas personas que evidenciara la peligrosidad del producto (una calavera y unos huesos, etc.).

(33) Para ampliar, puede consultarse QUAGLIA, Marcelo, “El subconsumidor y el deber de información”, en ARIAS, María Paula - URRUTIA, Liliana A. B. (dirs.), *Protección jurídica de los subconsumidores*, Juris, Rosario, 2017, ps. 73 a 83

(29) Sozzo, Gonzalo, “La posición sistémica actual del deber de información”, RDPyC 21-382.

(30) Así lo determina hoy nuestra normativa, ya que, en el art. 4° del decreto 1798/1994 establece una obligación propia y específica a cargo del proveedor de bienes y servicios que, a nuestro entender, más que una obligación meramente administrativa pretende ser más bien una consagración expresa del deber de advertencia en materia poscontractual.

El Anteproyecto recepta esta disposición y la mejora (art. 14, inc. 6°).

No resulta menor destacar que plantear la relación proveedor-consumidor, respecto al deber de advertencia como un diálogo, impone o demanda (con base en el principio de buena fe) la diligencia del sujeto activo de este deber, quien conforme a las condiciones del caso, deberá autoinformarse y, de desoír la advertencia prestada en debida forma, corresponde que asuma las consecuencias de su proceder (configurándose una concausa o un eximente de la responsabilidad del proveedor)(34), aunque sin dejar de ponderar las exigencias impuestas por el art. 115 del Anteproyecto en materia de eximentes (“La eximente del hecho de la víctima es de interpretación restrictiva y sólo procede ante la prueba de una culpa grave o dolo del damnificado”).

*II.1.5. Art. 17: deberes de protección y seguridad. Remisión al título IV*

Corolario de la regulación es la remisión que el texto efectúa en su parte final al título IV del Anteproyecto, titulado “Daños al consumidor. Prevención del daño, responsabilidad y sanción punitiva”.

Naturalmente, dicho título abarca, en primer lugar, la prevención (materia en la que entendemos se ven insertadas principalmente las normas en análisis), trata luego la reparación y finalmente la sanción, identificando así las tres funciones de la responsabilidad civil (hoy expresamente reconocidas en el Cód. Civ. y Com.) (35). En tal sentido, sus normas remiten a la regulación de la prevención en el Cód. Civ.

(34) En tal sentido podemos destacar la causa “Pagnotta, Marta c. Unilever de Argentina S.A” (CNCiv., sala B, 24/2/2006, JA 2006-II-288), donde la actora reclama los daños y perjuicios generados con motivo de un aparente vicio atribuido al aerosol de desodorante Rexona Activa, en su válvula rociadora, que habría generado un incendio en el baño de la actora generando daños a su persona y sus bienes materiales.

La sentencia destaca la advertencia de la demandada donde en las precauciones se hacía referencia a que el producto era inflamable, a pesar de lo cual (y conforme a los propios dichos de la actora) fue utilizado cerca de una fuente de calor (estufa a cuarzo), lo que determinó que la demanda no prosperase.

(35) PADILLA, Rodrigo - ARIAS CÁU, Esteban J., “Un interesante caso de aplicación de la multa civil desde la óptica del derecho del consumidor”, LLNOA 2016 (diciembre), p. 5.

y Com. (art. 107 del Anteproyecto) procurando así componer el sistema de prevención del daño en su totalidad.

*II.2. Art. 18: condiciones de seguridad*

La segunda norma proyectada, a semejanza del art. 6° de la ley 24.240 (aunque con una mejor técnica legislativa), demanda a los proveedores (más allá de las obligaciones específicas que requieran ese bien o servicio conforme a los requerimientos administrativos que demande el Estado)(36) a cumplir con una evaluación de la seguridad en relación al bien o servicio que pretenden comercializar, evaluación que deberá basarse en la aplicación de las mejores prácticas y tecnologías disponibles, el estado actual de los conocimientos y de la técnica al momento de la puesta en el mercado, así como el nivel de seguridad que puedan esperar razonablemente los consumidores.

Naturalmente, el cumplimiento de dicho recaudo difícilmente podrá calificarse como eximente de responsabilidad (especialmente si ponderamos que ni siquiera el riesgo del desarrollo es admitido como tal —art. 115 del Anteproyecto—), pero sí podrá ponderarse su incumplimiento al momento de calificar su conducta y hasta considerar la aplicación de sanciones (tanto administrativas como judiciales).

Nuevamente se destaca la exigencia de este diálogo al que hacíamos referencia, donde el proveedor debe determinar el nivel de seguridad que razonablemente puede pretender el consumidor ante el bien o el servicio ofrecido (conforme a las características de este, las condiciones del mercado y las subjetivas del consumidor medio para dicho producto —que aun siendo medio podrá ser un hipervulnerable(37)—).

Asimismo, dicha evaluación de seguridad podrá resultar determinante a los fines de delimitar el contenido del deber de advertencia que eventualmente caiga sobre los hombros del

(36) El Estado está obligado internacionalmente a revisar periódicamente sus normas especiales sobre seguridad en los productos y servicios (punto III.28, directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor).

(37) V.gr., un medicamento destinado a adultos mayores.

proveedor, pudiendo a través del mismo justificar su contenido y debida diligencia.

Nada plantea la norma en relación al momento en el cual debe llevarse a cabo dicha evaluación. Naturalmente, ella deberá efectuarse al lanzar el producto, pero también al momento de introducir variantes o ante supuesto de evolución de la ciencia y la tecnología que requieran razonablemente que el análisis se reitere.

### **III. Un breve corolario**

Resulta indudable que el contenido de los art. 17 y 18 del Anteproyecto implica una clara mejora sobre la regulación actual en la materia (arts. 5º y 6º, ley 24.240), aclarando varios conceptos que se presentaban como oscuros en los textos vigentes e imponiendo obligaciones que no tenían hasta la fecha otro sustento que el desarrollo de la jurisprudencia imperante o el principio de buena fe.

Asimismo, la técnica legislativa implementada se evidencia como apropiada, consagrando expresamente este deber como un deber general

en cabeza del proveedor y en el marco de toda relación de consumo, así como la imposición de una serie de conductas lo suficientemente genéricas como para poder adecuarse a cada una de las circunstancias que el caso apareje, especialmente ponderando la velocidad con que se suscitan variaciones en la forma y el modo de comercializar bienes.

Quizás resulte pertinente o necesario reformular algunos conceptos a fin de otorgar mayor claridad a su contenido (como, por ejemplo, la referencia a un supuesto deber de protección, la efectiva aplicación de la garantía de inocuidad en bienes o servicios riesgosos o peligrosos o la necesidad de reiterar la evaluación que impone el art. 18, entre otros), evitando así interpretaciones limitantes o confusas que dificulten la efectiva tutela del consumidor en este ámbito tan relevante.

El texto, de incipiente aparición, seguramente será enriquecido a través de su estudio y análisis por numerosos operadores del derecho. Solo esperamos que estas breves líneas motiven a otros a seguir ese camino.



# Los deberes de protección y seguridad a cargo del proveedor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

LUIS R. J. SÁENZ (\*)

## I. Introducción

El derecho del consumo es, sin lugar a duda, uno de los ámbitos en los cuales el sistema jurídico ha evolucionado más en las últimas tres décadas. En efecto, desde la entrada en vigencia de la ley 24.240 en 1993, hasta la fecha, podemos contar fácilmente cuatro reformas, directas o indirectas, del régimen jurídico en análisis. Ya en 1994 las bases del sistema se vieron convulsionadas con la reforma constitucional, que consagró expresamente la protección de los derechos del consumidor en el art. 42 de la CN. Asimismo, el texto aprobado en un comienzo sufrió importantes modificaciones en 1998, con la entrada en vigencia de la ley 24.999. Posteriormente, ya en 2008, se produce la reforma más integral de la ley, en razón de lo establecido en la ley 26.361. Finalmente, el régimen normativo se vio nuevamente modificado con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Asimismo, todas estas modificaciones al régimen original protectorio no fueron menores, sino que importaron un cambio sustancial en el sistema. En primer lugar, por cuanto se confirió raigambre constitucional a los derechos del consumidor, a la protección de su seguridad y a diversos aspectos primordiales para la protección del sujeto débil en estos supuestos

(art. 42, CN). En segundo término, en tanto se incorporó al régimen de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC) la responsabilidad por productos y se amplió el régimen de la garantía para cosas muebles no consumibles (ley 24.999). Tercero, se reformó sustancialmente la noción de consumidor, ampliando el ámbito de protección del estatuto del consumidor, se extendieron las herramientas de tutela, se incluyeron los daños punitivos en la LDC, etc. (ley 26.361). Finalmente, por cuanto se consagraron, en el cuerpo del Código Civil y Comercial de la Nación, las prácticas abusivas frente a consumidores expuestos a las relaciones de consumo, se establecieron sanciones específicas para los supuestos de publicidad engañosa, entre otras consecuencias trascendentales de la entrada en vigencia del nuevo Código.

Llegado este punto, el Anteproyecto de LDC, elaborado por la comisión conformada a tal efecto por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio de la Producción y Trabajo (1) (en adelante, el Anteproyecto), pretende, como nunca se había intentado hasta ahora, realizar una reforma integral del régimen instaurado por la ley 24.240, con la intención de amalgamar las nuevas tendencias legislativas, doctrinales y jurisprudenciales que rigen en la materia.

---

(\*) Secretario de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

---

(1) Integrada por juristas de la talla de los Dres. Gabriel A. Stiglitz, Carlos A. Hernández, María Belén Japaze, Federico A. Ossola, Sebastián Picasso, Fernando Blanco Muiño y Cósimo G. Sozzo, entre muchos otros.

Ahora bien, atento a ello, la primera pregunta que se nos presenta es si resultaba necesario realizar una reforma integral del régimen tuitivo, como la que se aborda en el Anteproyecto antes mencionado. Por nuestra parte, vemos con beneplácito la intención reformadora, así como también el excelente trabajo desarrollado por la comisión, como consecuencia del cual ha salido a la luz un cuerpo normativo que, en líneas generales, resulta más completo, claro y eficaz para la tutela de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, adoptando en su seno las ideas que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado en los últimos años en derredor del derecho del consumo.

Como sea, el objeto del presente aporte es analizar un aspecto en particular de la reforma, vinculado con los deberes de protección y seguridad a cargo del proveedor de bienes y servicios, y la concreción de dichos principios generales en la responsabilidad por daños que recae sobre el incumplidor de dicho deber de indemnidad.

## II. Los deberes de protección y seguridad a cargo del proveedor de bienes y servicios

Ya a partir del art. 42 de la CN, la protección de la seguridad de los consumidores y usuarios es un elemento primordial del régimen tuitivo del consumidor. En el texto de la ley 24.240 aparecen como normas primordiales los arts. 5° y 6°, en tanto establecen, en cabeza de los proveedores de bienes y servicios, el deber de que estos sean prestados de forma tal que no presenten riesgos o peligro para la integridad física de los consumidores y usuarios (deber de indemnidad, art. 5°), y que los bienes y servicios especialmente peligrosos deben ser comercializados observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar su seguridad, y prestando la información que sea necesaria en el caso (deber de advertencia, art. 6°).

Estas reglas que, en principio, aparecen como deberes jurídicos genéricos en cabeza del proveedor, tuvieron, desde sus orígenes, una profusa aplicación jurisprudencial, que ha permitido, en general, plasmar las garantías constitucionales

y legales<sup>(2)</sup>. En tal sentido, no debe perderse de vista que, en el texto original de la LDC, se había privado al régimen tuitivo de un régimen de derecho de daños, al vetarse la responsabilidad por productos y por incumplimiento contractual genérico (hoy previstos en los arts. 40 y 10 bis de la LDC). Sin embargo, la consagración del deber genérico de indemnidad, consagrado en el art. 5° ya citado, actuaba como norma en la cual se afinaba la responsabilidad por daños derivada del incumplimiento del deber de seguridad que recaía sobre el proveedor<sup>(3)</sup>.

Como sea, ya desde sus orígenes, en la Argentina —y también en el derecho comparado— el régimen de protección de los consumidores y usuarios tuvo como herramienta primordial al deber de indemnidad en cabeza de los proveedores, que contó con una amplia aplicación jurisprudencial, en los supuestos más diversos de lesión a la parte débil del vínculo de consumo<sup>(4)</sup>.

(2) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., comentario a los arts. 5° y 6° de la LDC, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 78.

(3) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 21/10/1997, "Multigas SA c. Secretaría de Comercio e Inversiones", LL 1999-C-748.

(4) Es sabido que en la obligación de seguridad que se consagra en el art. 5° de la LDC se enmarcan la mayoría de las tendencias jurisprudenciales que hacen recaer sobre el proveedor la responsabilidad por los daños sufridos por el consumidor en bienes distintos del que es objeto de la prestación principal. Por ejemplo, en la responsabilidad de los concesionarios de autopista por los daños ocurridos en la vía en que ejercen la concesión (CS, 17/3/2009, "Gómez, Mario Félix c. VICOV SA y/o responsable", RCyS 2009-V-97 [voto en disidencia de los Dres. Maqueda y Lorenzetti]; ídem, 5/6/2007, "González Torres, M. E. c. Deluca J. A."; ídem, 7/11/2006, "Bianchi, Isabel c. Provincia de Buenos Aires y/u otros", RCyS 2006-3-950); en materia de responsabilidad de los supermercados (CNCiv., sala L, 1/8/2018, "S., S. V. y otros c. Cencosud SA y otros s/daños y perjuicios", LL 2018-E-382); de los parques de diversiones (CNCiv., sala K, 22/5/2018, "R., S. A. c. Parque de la Costa SA s/daños y perjuicios", LL Online AR/JUR/25471/2018); en el marco del contrato de garaje por las cosas sustraídas del vehículo (CNCom., sala F, 17/5/2018, "Seisas, Mario Rubén c. Dakota SA y otro s/ordinario", LL 2018-D-116); de las entidades financieras por los robos padecidos por los clientes luego de realizar una operación en la sucursal (CNCiv., sala J, 22/2/2018, "J., A. A. y otro c. BBVA Banco Francés s/daños y perjuicios", LL Online AR/JUR/76/2018); de los centros comerciales (CNCiv.,



En este derrotero, los arts. 17 y 18 del Anteproyecto de LDC vienen a consagrar, al igual que lo hacen hoy los arts. 5º y 6º de la LDC, el deber de indemnidad y advertencia que recae sobre los proveedores de bienes y servicios.

El art. 17 alude al deber genérico que recae sobre el proveedor, de adoptar las medidas que resulten necesarias para proteger al consumidor en el marco de las relaciones de consumo. De allí que aparece primordial que los proveedores garanticen la inocuidad de los productos y servicios que incorporan al mercado.

En su párr. 3º, la norma mencionada en último término se refiere a los productos y servicios que pueden presentar un riesgo especial para la salud o integridad física de los consumidores. Al respecto, la disposición consagra dos deberes en cabeza de los proveedores. Por un lado, el de adoptar medidas de protección especiales, y los mecanismos de seguridad que resulten pertinentes, al momento de incorporar al mercado dichos bienes y servicios. Esta previsión en materia de seguridad se amalgama, a su vez, con lo establecido en el art. 110, inc. 1º, del Anteproyecto, que contempla, entre los vicios que tornan al producto defectuoso, “la seguridad que cabría legítimamente esperar” del bien en cuestión. En otros términos, el incumplimiento de este deber por parte del proveedor de bienes y servicios tiene como consecuencia la aplicación del régimen de responsabilidad contemplado en el capítulo 2 del título IV del Anteproyecto.

Lo mismo ocurre si el obligado incumple el deber de advertencia respecto de dichos bienes o servicios, como lo contempla la misma disposición. El deber de advertencia sobre los riesgos o peligros que entraña el producto comercializado constituye una herramienta esencial para garantizar la seguridad de los consumidores y usuarios, e implica la puesta a disposición del consumidor de la información necesaria y suficiente para alertar de los riesgos que puede

entrañar un producto o servicio, con el fin de evitar que sufra daños (5).

A modo de ejemplo cabe traer a colación un precedente de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el que un consumidor, que padecía hipotiroidismo, privación de la visión y pérdida total de la fuerza muscular, demandó a un laboratorio por considerar que ello fue consecuencia de la ingesta de un medicamento fabricado por este. El juez de primera instancia admitió la demanda incoada y las partes apelaron. Lo trascendente del caso, en lo que aquí interesa, es que la discusión recaía, justamente, en determinar si el laboratorio había cumplido con el deber de información respecto de las contraindicaciones del medicamento que había consumido el demandante, y la infracción al deber de información resultó patente, a criterio del tribunal actuante, como consecuencia de que era puesta de resalto por el demandado, respecto del mismo medicamento, en su comercialización en los Estados Unidos de América. En especial, el vocal preopinante puso el énfasis en que el proveedor debe poner a disposición del consumidor una información cierta, clara y detallada sobre las características esenciales de los bienes y servicios que provee, que debe resultar necesaria y suficiente para alertar acerca de los riesgos que pueda entrañar el producto y servicio. Es que el deber de informar y advertir al consumidor es uno de los más importantes en el ámbito de la responsabilidad por productos elaborados y se relaciona con uno de los objetivos primordiales en la materia, que es reducir el riesgo en el consumo de productos elaborados. De allí que no solo son defectuosos los productos cuyo riesgo resulta de un vicio de concepción o de fabricación, sino también aquellos que, intrínsecamente correctos, son presentados de manera tal que no ofrecen la seguridad que el consumidor puede legítimamente esperar, debido, por ejemplo, a la ausencia de suficiente información sobre las precauciones que deben adoptarse (6).

sala D, 20/10/2017, “Davalos, Jorge Alberto c. COTO CICSAs/daños y perjuicios”, RCyS 2018-V-163; CCiv. y Com. 2º Nom., Córdoba, 18/10/2017, “Caja de Seguros SA c. Libertad SA (Hipermercado Libertad) s/abreviado - cobro de pesos”, RCyS 208-VI-162), entre muchos otros supuestos.

(5) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., comentario a los arts. 5º y 6º, cit., t. I, p. 80.

(6) CNCiv., sala A, “R. F. E. c. Bayer, SA y otros s/daños y perjuicios”, LL Online AR/JUR/44850/2012 (voto del Dr. Sebastián Picasso). No se trata del único caso en la materia, sino que los ejemplos abundan en la juris-

Además, el art. 17 determina las características que debe adoptar la información que brindan los proveedores sobre los riesgos que presenta el producto o servicio. En tal sentido, prevé que la información debe ser transparente, precisa y adecuada, comunicada al público en tiempo oportuno, y su llegada a la totalidad de los potenciales consumidores debe estar garantizada. Destaca también esta disposición que es preciso que los riesgos o peligros que entrañe el bien o servicio sean claramente asequibles por parte del adquirente o usuario, a fin de favorecer su identificación como tales por parte de los consumidores. Sobre este punto en particular, y más allá de la importancia de contar con información clara y veraz, es claro que el cumplimiento del deber de información que recae sobre el proveedor, en particular respecto de los peligros que entrañe el producto, requiere una actuación especialmente activa del obligado, quien debe adoptar las medidas pertinentes para lograr que el universo de consumidores expuestos (7) tome conocimiento de los riesgos ínsitos en el producto o servicio.

También el art. 17 hace recaer sobre los proveedores el deber de evitar generar una situación de pánico social frente a una alerta de riesgo o peligro respecto del producto o servicio que se colocó en el mercado.

El art. 18, vinculado también con la seguridad del bien o servicio, se refiere a las condiciones que debe cumplir el proveedor para la puesta del producto en el mercado. En primer lugar, esta disposición establece que el obligado debe cumplir con las normas legales específicas que

---

prudencia. Por ejemplo, en un precedente se responsabilizó al fabricante de un producto desengrasante que no especificó en el envase la composición química del producto, pues de haberlo hecho se podrían haber tratado más rápidamente las lesiones generadas por su ingesta accidental (C4°Civ. y Com., Minas, Paz y Tributaria, Mendoza, 19/9/2014, “Madrid, Manuel c. Sánchez, Claudia s/daños y perjuicios”, RCyS 2015-III-104). En otro supuesto también se responsabilizó al laboratorio por la contraindicación del medicamento que no fue informada debidamente en el prospecto, pues el producto se comercializaba con dos formularios informativos distintos (CNCiv., sala G, 25/9/2012, “L., N. R. c. Laboratorios Phoenix SAICF y otros s/daños y perjuicios”, LL 2012-XI-56).

(7) En el sentido correcto del término, como lo consagra el art. 1096 del Cód. Civ. y Com.

rigen la autorización administrativa previa en la materia. Igualmente, cabe aclarar que, como es de esperarse, el cumplimiento de tal obligación por parte del proveedor no lo excusa de la responsabilidad derivada de los daños que pueda sufrir el consumidor como consecuencia de los defectos del producto (arts. 108 y ss. del Anteproyecto).

Más allá de ello, el mismo artículo establece que los proveedores deben someter el bien o servicio a las evaluaciones de seguridad que resulte posible realizar, conforme a las mejores prácticas y tecnologías que estén disponibles.

### **III. La responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de indemnidad en el Anteproyecto**

Conforme lo establece el último párrafo del art. 17 del Anteproyecto, “(i)ndependientemente de otros efectos que correspondan, el incumplimiento de las disposiciones de este artículo da lugar a la prevención y la reparación de los daños causados a los consumidores, en los términos y con los alcances previstos en el Título IV de la presente ley”. Con ello, uno de los principales efectos del deber de indemnidad consagrado en dicha norma es el régimen de prevención y resarcimiento de los daños, conforme a lo establecido en los arts. 107 y subsiguientes del Anteproyecto.

Para desarrollar este aspecto es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que los daños que ocasiona el proveedor en el marco de la relación de consumo pueden derivarse del incumplimiento de la prestación comprometida en sí misma (p. ej., si el vendedor de un automotor no entrega el rodado en el plazo estipulado y, por ello, el consumidor debe suspender las vacaciones que había previsto y contratado) o derivarse del daño ocasionado por el bien o servicio en bienes distintos (si el consumidor adquiere un desodorante de ambientes y el producto estalla cuando se lo utiliza).

En el primer supuesto, nos encontramos ante daños derivados del incumplimiento contractual del proveedor propiamente dicho, y la cuestión se rige, en consecuencia, por lo establecido en el art. 50 del Anteproyecto, análogo al actual art. 10 bis de la LDC. No se trata de

una cuestión menor, pues es justamente con esa intención que el art. 108 del Anteproyecto excluye del ámbito de la responsabilidad derivada de daños causados por productos o servicios defectuosos a los perjuicios que recaen sobre el producto o servicio en sí mismo (8). Es que el régimen de responsabilidad por productos o servicios defectuosos no resulta aplicable cuando el perjuicio sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones principales a cargo del proveedor, pues el objetivo de la norma no es el de conferir a todos los miembros de la cadena de producción y comercialización de un producto o servicio el carácter de garantías del exacto cumplimiento de las obligaciones del vendedor directo, sino el de poner a su cargo un deber de inocuidad (9).

Con ello, es claro que el art. 17 del Anteproyecto consagra el deber de indemnidad a cargo del proveedor, y los arts. 107 y subsiguientes establecen el régimen de responsabilidad frente al incumplimiento del deber genérico antes descrito. Por ende, resulta procedente analizar, aunque sea brevemente, los tres supuestos previstos en el título IV del Anteproyecto en estudio.

### *III.1. El deber de prevención*

El art. 107 del Anteproyecto remite, en cuanto al deber de prevención, a las normas de los arts. 1711 a 1713 del Cód. Civ. y Com. en esta materia. En lo que respecta al incumplimiento del deber de indemnidad, resulta claro que puede accionarse contra el proveedor siempre que este último incumpla cualquiera de los deberes que le impone el art. 17 del Anteproyecto.

Así las cosas, puede exigirse judicialmente al proveedor que lleve adelante los exámenes técnicos pertinentes a fin de determinar la existencia de eventuales riesgos o peligros en el

---

(8) “En este punto, es claro que el anteproyecto sigue la posición adoptada en el derecho comparado (...), y con ello evita algunas confusiones que se han presentado en la jurisprudencia, que ha recurrido a la responsabilidad por productos cuando, en pureza, se pretendía indemnizar los daños derivados del incumplimiento de la prestación principal” (CCiv. y Com., Salta, sala III, 17/9/2015, “M., E. c. Planauto para fines determinados SA de cap. y ahorro”, LL Online AR/JUR/36018/2015).

(9) CNCiv., sala A, 20/2/2014, “N. C., L. B. c. Edificio Sequí 4653 SA y otro s/vicios reheditorios”, LL 2014-C-386.

producto o servicio que comercializa, conforme al estado de la tecnología al momento de su puesta en el mercado, y cualquiera de las personas legitimadas para ejercer la acción individual o colectiva de consumo (10) puede ejercer una acción preventiva frente a la existencia de un bien o servicio potencialmente peligroso o riesgoso para los consumidores en el mercado, ya sea para obtener el retiro o recupero del producto a cargo del proveedor.

En otras palabras, el deber de prevención así consagrado quita todo manto de duda respecto de que los proveedores deben ejercer acciones positivas a fin de recuperar y sustituir los productos que hayan sido puestos en el mercado y que, como consecuencia de nuevas investigaciones o descubrimientos, se conozca que padecen defectos que pueden tornarlos riesgosos para los consumidores (11).

### *III.2. La responsabilidad por productos y servicios defectuosos*

En los arts. 108 y subsiguientes del Anteproyecto está regulada la responsabilidad por productos, que viene a reemplazar el régimen de responsabilidad por productos y servicios que hoy está regulada en el art. 40 de la LDC, aunque con mucha mayor precisión técnica, y previendo todas las particularidades que atañen a este supuesto de responsabilidad. Como ya hemos dicho, es claro que este régimen solo resulta aplicable frente al incumplimiento de la obligación de seguridad que emana del art. 17 del Anteproyecto, que acordó con lo establecido en el art. 108.

La primera nota que distingue al sistema que se propone es que, conforme a lo establecido en el art. 112 del Anteproyecto, puede demandar la reparación del daño por productos o servicios defectuosos toda aquella persona que haya sufrido daños, de forma directa o indirecta,

---

(10) De conformidad con lo establecido en el art. 171 del Anteproyecto.

(11) Sobre el punto, cabe recordar que la directiva 2001/95 de la Comunidad Europea prevé expresamente que debe retirarse el producto del mercado, o la recuperación de los que ya estén en poder de los consumidores, cuando ello sea necesario e inevitable para prevenir los riesgos.

como consecuencia del defecto del producto o servicio, se trate o no de un consumidor. En tal sentido, cabe recordar que la primera nota distintiva de la responsabilidad por productos en nuestro sistema jurídico vigente es que, al estar enmarcado en el régimen tuitivo del consumidor, solo resulta aplicable cuando el vínculo entre el sindicado responsable y la víctima constituya una relación de consumo, en los términos de los arts. 1º y 2º de la LDC.

Esta particularidad del sistema argentino no existe en el derecho comparado. En efecto, la directiva europea 85/374/CEE, del 25/7/1985, consagra la responsabilidad del productor por el defecto de sus productos en general, sin subsumirla en el régimen protectorio del consumidor. Lo mismo ocurre en la reciente reforma del Código Civil francés (arts. 1245 y ss.). Por su parte, si bien en el derecho español el sistema de responsabilidad por productos también está comprendido en el ámbito del derecho del consumo, la normativa legitima a “todo perjudicado” a dirigir su acción contra el fabricante del producto (art. 128 del real decreto legislativo español 1/2007).

Como sea, para que el supuesto encuadre en el régimen del art. 40 es necesario que el fabricante o prestador del servicio revista la calidad de proveedor y, principalmente, que el damnificado sea un consumidor, con arreglo a las previsiones de los arts. 1º, ya citado, y 1092 del Cód. Civ. y Com. (12).

En definitiva, y a diferencia de lo que ocurre hoy, el Anteproyecto propone que el deber de

(12) Cabe destacar, igualmente, que los terceros que sufren daños como consecuencia del riesgo o vicio de la cosa o servicio se hallan amparados actualmente por la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Mosca, Hugo c. Provincia de Buenos Aries y otros”, del 6/3/2007, LL 2007-B-261, en su carácter de “terceros que sufren daños como consecuencia del riesgo que importa la relación de consumo”. Empero, la trascendencia de la reforma que se propone no se ve opacada por ello, en tanto es preciso readecuar el alcance de la responsabilidad por productos desde la misma normativa, para, por un lado, tutelar con mayor efectividad a los terceros damnificados por la situación de consumo y, por el otro, evitar extender en demasía la noción de consumidor para incorporar al régimen de responsabilidad en cuestión a terceros que no revisten tal calidad.

indemnidad, en particular frente a los daños causados por productos o servicios defectuosos, alcanza no solo a quienes son consumidores o usuarios del bien o servicio, sino también a los terceros que sufran daños como consecuencia de dicho defecto.

Otro aspecto relevante de la reforma es la consagración de la responsabilidad colectiva de todos los fabricantes de un determinado tipo de producto, siempre que se desconozca quién lo fabricó o comercializó en el caso concreto. Con ello, la responsabilidad no solo se hace extensiva a la totalidad de los integrantes de la cadena de producción, sino también a los que participan de la comercialización de un tipo de bien. Este supuesto parte de la presunción de que todos los fabricantes de este tipo de producto forman parte de un grupo y, frente al accionar del autor anónimo, responden todos colectivamente frente a la víctima (13).

### *III.3. La responsabilidad genérica por el incumplimiento del deber de indemnidad*

El art. 117 incorpora al régimen tuitivo del consumidor un régimen de responsabilidad aplicable, en general, para todos los supuestos de daños causados a la parte débil del vínculo en bienes distintos del que es objeto de la prestación principal. A riesgo de resultar reiterativos, cabe recordar que, en la LDC vigente, la obligación de seguridad que excede de la responsabilidad por productos propiamente dicha (es decir, la que no deriva de un riesgo o vicio de la cosa o del servicio, art. 40 de la LDC) se rige por las reglas genéricas que establece el art. 5º de dicho cuerpo legal.

Por el contrario, el Anteproyecto propone una norma específica que regule las particularidades del deber de resarcir en estos supuestos, y establece las reglas que deben cumplirse para que nazca la responsabilidad en cabeza del proveedor de bienes o servicios.

Ahora bien, el primer elemento distintivo es que el daño haya sido sufrido por el consumidor en el interior del establecimiento del proveedor, o en el ámbito físico de su incumbencia. Con

(13) Al igual que lo que ocurre en la responsabilidad colectiva del autor anónimo (art. 1761 del Cód. Civ. y Com.).

ello, la norma en análisis establece un límite a la eventual responsabilidad del proveedor, al ámbito propio de la prestación comprometida. Es que, en caso contrario, podría extenderse *sine die* la responsabilidad del proveedor, incluso cuando no ejerza ningún tipo de control o cuidado sobre la cosa o servicio al momento de producirse el hecho ilícito.

Igualmente, y a fin de evitar que lo dispuesto importe una restricción a los derechos del consumidor, la misma disposición extiende el ámbito de la obligación de seguridad a las inmediaciones en las cuales existan peligros derivados de la relación de consumo, y todo sitio en el cual subsista el ámbito de competencia del proveedor o en los que este tenga o deba tener un poder de vigilancia o control efectivo.

Por lo demás, la misma disposición consagra expresamente —al igual que en los restantes supuestos de responsabilidad que emanan del Anteproyecto— la responsabilidad objetiva del proveedor del bienes y servicios, y prevé que la invocación del accionar del consumidor como eximente precisa la prueba de la culpa grave o dolo de este último.

Para concluir, también en este último supuesto la disposición excluye los daños derivados de la prestación principal comprometida. Y ello es así, pues, si entendemos a la obligación

de seguridad como el deber que recae sobre el proveedor de no dañar bienes distintos del consumidor de aquel que ha sido específicamente concebido como objeto del contrato<sup>(14)</sup>, entonces ninguna cabida tiene en este supuesto la responsabilidad por el incumplimiento de la prestación principal propiamente dicha.

#### IV. Conclusión

Como se puede advertir de esta breve reseña, el deber de indemnidad está regulado de manera clara y pormenorizada en el Anteproyecto, que contempla tanto el deber de indemnidad en general, las tareas de cuidado y contralor de los riesgos que importe el producto y servicio que recaen sobre el proveedor y su deber de información sobre este aspecto, así como también consagra un régimen de prevención y resarcimiento de los daños regulado con claridad y completitud, que soluciona las dificultades que presenta el sistema hoy.

Por ello, nuevamente aplaudimos la elaboración de este necesario proyecto de reforma de la LDC, con el deseo de que, finalmente, logre llegar a buen puerto.

---

(14) AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 161.



# PRÁCTICAS ABUSIVAS







# Restricciones a la libertad del consumidor que configuran prácticas abusivas

---

JULIÁN E. JALIL (\*)

## I. A modo de introducción

Hablar de libertad y voluntad del consumidor implica inmiscuirse en un derecho humano esencial (arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.) que detenta una importante base deontológica. En este sentido, los griegos y los escolásticos decían que la libertad es una facultad del alma(1), y San Agustín entendía que toda la vida consciente está gobernada por la idea de voluntad (2).

El apotegma de la *autonomía de la voluntad*, prevista de manera genérica en los arts. 958 y

959 del Cód. Civ. y Com., adquiere matices diferenciales a aquellos tradicionales sobre los que fue edificado. Es que el comercio actual no admite —salvo en escasos supuestos—, la negociación paritaria, por lo que la libertad del consumidor se encuentra desde el inicio coartada o restringida.

En cuanto forma social de vida el derecho es *libertad jurídica* (3). Es decir, en la perspectiva actual no se concibe el desempeño de vida sin cotejarlo con la idea de libertad, son órdenes que se desenvuelven dentro del mismo plano. Esa libertad permite que en el ámbito contractual las partes puedan autodeterminarse en cuanto a sus obligaciones, las cuales se complementan y condicionan con determinadas normas legales. Ambas normas (consensuales y legales) gozan de finalidades divergentes. En este sentido, indica Lorenzetti, que la regulación privada expresa lo que las partes quieren hacer, la regulación legal lo que la colectividad pretende que hagan (4).

Entonces, siguiendo a Messineo libertad contractual significa que ninguna de las partes no puede imponer unilateralmente y sin restricciones a la otra el contenido del contrato (5).

---

(\*) Juez de cámara. Ex juez Civil y Comercial de primera instancia. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Civil (Universidad de Salamanca, España). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Posgraduado en Derecho Continental (Universidad de París, Francia). Posgraduado en Derecho de los Contratos (UBA). Posgraduado en Derecho de la Salud (UBA). Profesor de grado y posgrado. Investigador. Autor de siete obras jurídicas y de más de cien artículos de doctrina.

(1) Puerto de consolación arribada forzosa de sus búsquedas, los griegos crearon esa entidad metafísica y reversible de las facultades. Los escolásticos la apartaron y clasificaron después con sorprendente aptitud. RISO-LÍA, Marco A., *Soberanía y crisis del contrato*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 20. Se decía: *ignoti nulla cupido nihil volitum nisi pracognitum*. La reflexión solo puede abstraer del acto voluntario el elemento voluntad, inseparable de otros intelectuales o afectivos.

(2) SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, trad. de J. C. Díaz de Beyral, Vida de Hernando y Civa, Madrid, 1893, p. 74. *Ignoti nulla cupido nihil volitum nisi pracognitum*. La reflexión solo puede abstraer del acto voluntario el elemento voluntad, inseparable de otros intelectuales o afectivos.

---

(3) SOLER, Sebastián, *Ley, historia y libertad*, Losada, Buenos Aires, p. 95.

(4) LORENZETTI, Ricardo, "Análisis crítico de la autonomía privada contractual", JA 1994-IV-955. Complementa esta idea diciendo que ninguna de ellas es neutra en términos económicos distributivos.

(5) MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. de R. O. Fontanarrosa., S. Sentis Melendo, M.

Esta concepción puede tener una doble arista de influencia en el plano jurídico, una que se desenvuelve en el plano de la *acción* y otra que se encuentra dentro del marco de la *abstención*. Esto es advertido por Galgano, quien enseña que, la libertad o autonomía significa, en sentido negativo, que nadie puede ser privado de sus propios bienes o ser constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros, contra o, en general, independientemente de su propia voluntad. Y significa, en un sentido positivo, que las partes pueden, con un acto de su voluntad, constituir o regular o extinguir relaciones patrimoniales (6).

## II. La libertad contractual y la autonomía de la voluntad en materia de consumo

Autonomía y libertad volitiva son dos piezas de un mismo bloque, su separación afecta la totalidad y funcionalidad del mismo, como también lo afectaría la sobrecarga de una en detrimento de la otra. En todo caso, el dogma de la *autonomía de la voluntad* va unido directamente a la *libertad* de la persona, es una manifestación necesaria del respeto de los que es debido y constituye el centro mismo del derecho privado. Aunque resulte peligroso para la misma libertad la defensa de la autonomía en forma absoluta e ilimitada (7).

Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, t. I, p. 16.

(6) Es decir, que estas pueden disponer de sus bienes o pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otros (bajo el primer aspecto, la autonomía contractual coincide con la facultad de disposición de las cosas, que se encuentra en el contenido del derecho de propiedad). GALGANO, Francisco, *El negocio jurídico*, trad. de F. Blasco Gascó y L. Prat Alentosa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 66.

(7) GUARDIOLA, Manuel A., "Las limitaciones a la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico De Castro", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, fascículo IV, Artes Gráficas y Ediciones, octubre-diciembre 1973, p. 1131. En igual sentido, DE CASTRO, Federico, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIV, Artes Gráficas y Ediciones, 1982, ps. 987 y ss. Explican Planiol y Ripert que el principio de la libertad en la contratación es una pieza indispensable de un régimen que acepta la propiedad privada y la libertad de trabajo. El deber del legislador ha de reducirse a prevenir sus excesos, protegiendo los contratantes frente a las sorpresas y las injusticias del contrato, prohibiéndoles, especialmente, modificar con sus acuerdos privados

En definitiva, como expresa Alterini la noción de autonomía de la voluntad descansa sobre la de libertad; supone la igualdad jurídica de todos y la libertad jurídica de todos; termina por entender que todo lo libremente querido es obligatorio (8).

Entonces, la autonomía privada es —en un sentido amplio— el poder de autodeterminación de la persona, y se refiere a la esfera de libertad de la persona, tanto para ejercitar facultades y derechos como para conformar las distintas relaciones jurídicas que le afectan. Tan importante concepto es definido como aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social (9).

Con precisión explicaba Goldschmidt que la autonomía consiste en sustituir las disposiciones dispositivas del derecho aplicable a los contratos, por estipulaciones propias que, por supuesto, deben respetar al orden público interno. Esta limitación es inherente a la definición de la autonomía restringida, toda vez que el orden público interno es idéntico al conjunto de las disposiciones coactivas jugando *per definitionem* la autonomía restringida solo con miras a las disposiciones dispositivas. Entendía,

las relaciones que interesan al orden público. Pero hay que tener cuidado de que tal reglamentación no se haga excesiva, entorpeciendo de ese modo el comercio jurídico, al destruir la seguridad. PLANIOL, Marcelo - RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés. Las obligaciones (primera parte)*, trad. de M. Díaz Cruz, Cultural, La Habana, 1936, t. VI, p. 29.

(8) ALTERINI, Aníbal A., *Derecho privado*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 350. No obstante lo expuesto, debemos precisar que todo los actos, en cierta medida, están afectados en cuanto a su carácter libre o por lo menos condicionados, pero ello no les quita el aspecto volitivo, ya que, como dice López Mesa, en la base de muchos actos voluntarios se hallan presiones o influencias externas, sentimentales, morales, psicológicas etc., que pretenden volcar la voluntad del individuo hacia los intereses de un tercero, negar esto sería un acto de inocencia propio de infantes. LÓPEZ MESA, Marcelo, "La violencia como vicio de la voluntad", LL 2005-E, secc. Doctrina, p. 1238.

(9) GUARDIOLA, Manuel A., "Las limitaciones...", cit., p. 1135.

el autor, que la autonomía puede ejercerse por inserción (10) o por referencia (11).

No obstante lo expuesto, resulta necesario hacer una distinción entre los conceptos de autonomía y voluntad. Si bien, ambos términos se encuentran en plena cohesión, creemos que no son sinónimos. Desde este razonamiento, una conducta es *autónoma* cuando quién la ejecuta tiene la facultad de *reunir*, de contemplar un abanico de situaciones posibles. Si además de esa facultad específica también se encuentra capacitado para *optar*, el acto además de autónomo será *voluntario*.

Desde una arista jurídica debemos señalar que el Cód. Civ. y Com. en los arts. 260 a 264 regula una serie de normas en relación con el carácter *volitivo* del acto. El acto es jurídicamente voluntario si puede ser ejecutado con *discernimiento, intención y libertad* que se manifiesta por un hecho exterior (conf. art. 260 del Cód. Civ. y Com.) (12).

Es decir, el hombre es obligado por su voluntad siempre y cuando ella no esté viciada, como dicen López Mesa y Valente, liberados del fatalismo mágico de las civilizaciones incipientes, debemos aceptar, sin cortapisas, que el hombre debe responder por sus actos, al menos que los mismos alojen en sí algún vicio, jurídicamente reconocido, como obstativo para la plena eficacia de la manifestación o la conducta jurídicamente vinculante (13).

(10) La autonomía por inserción, para el autor, consiste en excluir normas dispositivas ante la incorporación de cláusulas propias acordadas por las partes.

(11) Dice el autor que es admisible que las partes, en lugar de formular las estipulaciones que deseen convenir en sustitución de las disposiciones legales, las elijan por medio de una referencia a otro derecho aplicable. Esta referencia puede hacerse en derecho privado, determinado, sea nacional (p. ej., el francés), sea regional, (p. ej., el neoyorkino). No hay inconveniente en que la referencia se haga a un derecho privado derogado. GOLDSCHMIDT, Werner, "Autonomía universal de la voluntad", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXV, nros. 1-4, Madrid, 1974, p. 183.

(12) Decía Aristóteles que los actos voluntarios son objetos de alabanza o censura; los involuntarios, de perdón y, algunas veces, de piedad. Lo voluntario es lo que principalmente determina la virtud.

(13) LÓPEZ MESA, Marcelo - VALENTE, Luis A., "El negocio jurídico (manifestación de voluntad libre y consciente)", LL 1992-E, secc. Doctrina, p. 979.

Entendemos que el carácter volitivo del acto va a influir directamente en un aspecto intrínseco del sujeto, en este caso, en la posibilidad de *elegir*. Entonces, si unimos ambos conceptos, *la autonomía* importa la posibilidad de *reunir*; y la voluntad prevé la posibilidad de *elegir* entre aquello que se ha reunido.

La carencia de estos elementos torna el acto heteronómico. Explica Kant que la autonomía de la voluntad es un principio supremo de la moralidad, y la heteronomía de la voluntad es fuente de falsos principios de moralidad (14). Siguiendo a Rosenfeld se entiende que la heteronomía es tal o ha de definirse como la no autonomía. El principio de ordenación de las relaciones, ligado a la autoridad, impone su modalidad y estatuye los efectos según criterios que tiene en cuenta el interés general y que razonan, por tanto, la obligatoriedad del precepto para todos cuantos, personas, grupos instituciones (15).

Entonces, en la contratación la conducta es autónoma cuando una de las partes genera normas por sí sin que la otra participe, pero al suscribir el acuerdo, y conforme a la legislación vigente, está última queda sujeta a todos los efectos legales que emanan del mismo, los cuales, en definitiva, devienen en su mayoría en su contra.

En la actualidad, la energía está puesta en la protección del débil frente al derecho que, como

(14) KANT, Immanuel, *Fundamentos de una metafísica de la costumbre*, trad. de A. Zozaya, Banca Económica Filosófica, Madrid, 1904, p. 95. Las ideas de este pensador van a influir notablemente en el fundamento de las normas vinculadas con la autonomía de la voluntad. Como señalan Ripert y Boulanger, la filosofía francesa ha sido muy sensible a su influencia. Ha enseñado que la voluntad del hombre hace su ley y esa afirmación ha robustecido la creencia en el valor moral de la teoría de la autonomía de la voluntad. RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, ob. cit. p. 21.

(15) Explica el autor que la heteronomía no puede ser conceptualizada bajo el único signo negativo de la limitación; en ella existe una naturaleza propia, que la independiza y la constituye, siendo la raíz última de la heteronomía el principio de autoridad, o sea, una extrema reglamentación, impuesta a la propia voluntad del individuo por virtud de normas que imperan su mandato. ROSENFELD, Carlos L., "Autonomía de la voluntad y orden público", *Revista Notarial*, nro. 853 (especial), p. 2159.

dice Alterini, no significa la destrucción de la libertad de contratar, sino la afirmación del verdadero concepto de libertad: poder obrar como se quiere, queriendo obrar como se debe, y ser libre de contratar, en auténtica noción de igualdad, sin distorsiones o presiones derivadas, generalmente de la desigualdad económica (16).

El Estatuto del Consumo goza de un conjunto de normas destinadas a la protección de esa libertad, que se encuentra sosegada ante la imposición determinante de la parte empresarial. Como puede apreciarse dicho Proyecto propende a evitar las conductas heterónomas de los proveedores que repercuten en perjuicio del usuario o consumidor de bienes o servicios.

En razón de ello es que el art. 22 del Proyecto de Ley determina la prohibición de determinadas prácticas abusivas que condicionan o restringen indebidamente la *libertad* del consumidor.

### III. Las prácticas abusivas

El art. 22 del Proyecto de Ley prohíbe determinadas prácticas que restringen indebidamente la libertad del consumidor o usuario.

Los proveedores de bienes y servicios suelen facilitar el acceso al consumo pero no observan idéntica actitud cuando de recibir reclamaciones por defectos en los productos o servicios, y mucho más aún si el consumidor desea extinguir el vínculo, por insatisfacción con las prestaciones recibidas o incumplimiento del proveedor. Esta distorsión en el cumplimiento de los deberes a cargo de la parte que ejerce predominio respecto de la otra, que proviene del cierto desequilibrio que caracteriza las relaciones de consumo, tiene aptitud suficiente para generar daños que consisten generalmente en la producción de padecimientos o aflicciones en el consumidor ante la imposibilidad de encontrar una solución no sólo rápida y eficaz, sino primordialmente satisfactoria, a su reclamación (17).

(16) ALTERINI, Aníbal A., *Derecho privado*, cit., p. 350.

(17) BARREIRO, Rafael F., "La paciencia del consumidor, la dignidad humana y las prácticas abusivas", RCCyC, octubre de 2016, p. 151; LL del 23/11/2016, p. 5; LL 2016-F-335; LL Online AR/DOC/2942/2016.

Las empresas poseen por esencia posición dominante en el mercado de bienes y servicios y ello es legítimo conforme a cualquier sistema económico que se adopte, pues se trata de una cuestión de poder y de realidad imposible de ocultar. El problema se da cuando las empresas ejercen dicho poder dominante en forma abusiva (art. 11 Cód. Civil y Comercial) pues con esa actitud básicamente se lesionan:

- a. en primer lugar, las personas humanas como consumidores o usuarios;
- b. el mercado, pues producen desequilibrios y disminución de costes;
- c. por último, los derechos de las empresas competidoras que cumplen las normas, generando competencia desleal, así por ejemplo, mediante prácticas o cláusulas abusivas generan beneficios extras.

Son múltiples las propuestas para tratar de evitar aquellas situaciones y generar no solo cumplimiento frente al consumidor o usuario, sino también de resguardar la competencia en el mercado (18).

### IV. De las prácticas comerciales sanas a las prácticas comerciales abusivas

Las prácticas comerciales han sido definidas como procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes y servicios al destinatario final. Más sintéticamente, se dice que son todos los mecanismos, técnicas y métodos que sirven, directa o indirectamente para facilitar la salida de la producción.

(18) GHERSI, Carlos A., "Las prácticas abusivas de las empresas con posición dominante. El daño punitivo como herramienta de corrección", LL del 17/11/2016, p. 8; LL 2016-F-300; LL Online AR/DOC/3612/2016. GHERSI, Carlos, "El abuso de posición dominante", LL del 15/4/2016. WEINGARTEN, Celia - GHERSI, Carlos, *Análisis económico del derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2016, vol. I. SNAVELY, William, *Teoría de los sistemas económicos*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1988. Ver JALIL, Julián E., "Prácticas abusivas y sistema de responsabilidad civil en el marco del consumo", en KRIEGER, Walter, *Prácticas abusivas en el derecho del consumidor*, El Derecho, Buenos Aires, 1918, p. 311.

El art. 19.2, 2º párrafo, del decreto legislativo 1/2007 del 16/11/2007 de España, en seguimiento de la directiva europea 2005/29/CE dice que son “todo acto, omisión, conducta o manifestación o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial”.

Tales prácticas, normalmente lícitas, no siempre son “sanas”. Las que enferman el mercado, las abusivas, el derecho norteamericano las reputa “unfair”. Más aún, algunos autores argentinos las califican de “la forma más perversa de actuación de las empresas (19).

Como explica Krieger, hay acuerdo en la doctrina en sostener la licitud de las prácticas comerciales como norma general; tornándose en

(19) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, supl. esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, febrero de 2015, p. 237; LL Online AR/DOC/392/2015. BIDART CAMPOS, Germán, “La discriminación racial en los intersticios familiares”, ED 154-1055. LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, 2ª ed., Rubinzal, Buenos Aires, 2009, p. 158. STIGLITZ, Rubén, “Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, supl. esp., La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 103. CNFed. Civ. y Com., sala III, 11/4/1995, LL 1996-A-324; ídem, 7/3/2000, LL 2000-D-631 y *Doc. Jud.* 2000-3-180. HERMAN DE VASCONCELLOS e BENJAMIN, Antônio, “Das práticas comerciais”, en AA.VV., *Código brasileiro de defesa do consumidor*, 4ª ed., Forense Universitaria, São Paulo, 1996, p. 237. CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Derecho comercial. Derecho del consumidor”, en CHOMER - SÍCOLI (dir.), *La Ley*, Buenos Aires, 2015. GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia, “Visión integral de la nueva ley del consumidor”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 59. Explica la autora que se vinculan con cuestiones muy diversas: la información y publicidad, las marcas, el *overbooking* o sobreventa, el acoso a clientes potenciales, etc. En el comercio informático aparecen, entre otras, el *spamming* (envío de *mails* no solicitados), el *cybersquatting* (asociación de páginas), etc. Algunas de estas prácticas son posibles porque se realizan a través de grandes grupos económicos; otras son tan sutiles que en algunos países se discrepa si son o no conductas ilícitas (p. ej., enviar tarjetas de crédito a los clientes de un banco sin su solicitud expresa), etcétera.

ilícitas cuando lesionen derechos o libertades del consumidor o se vulneren las buenas prácticas mercantiles. Estas situaciones de abusividad en el ejercicio de las prácticas comerciales denotan una alteración de la libertad y dignidad del consumidor, en tanto o bien lo exponen a situaciones humillantes y vejatorias; o bien lo incitan a la adquisición de bienes y servicios mediante el engaño o la coacción (20).

Desde esta arista, se advierte que el art. 22 del Proyecto de Ley, en concordancia con los arts. 1096 y ss. del Cód. Civ. y Com. detentan un carácter *tuitivo*, es decir de protección del consumidor.

## V. Las prácticas abusivas en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil

En las *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* se señaló que el art. 8 bis de la ley 24.240 reconoce un criterio general para la calificación de prácticas abusivas centrado en impedir al proveedor comportamientos que sitúen al consumidor en una posición incompatible con el respeto a su dignidad personal o a la equidad en el trato. Ello comprende prácticas vejatorias, vergonzantes, intimidatorias o discriminatorias (21).

De esta manera se determina un estándar general y abierto (una práctica abusiva general, con la necesaria flexibilidad para encuadrar en éste las diversas conductas que generen los proveedores, las que se caracterizan por su constante evolución y variabilidad. Conforme este análisis, una práctica que sin ser vejatoria, vergonzante o intimidatoria atente contra la dignidad personal o la equidad de trato del consumidor, deberá considerarse abusiva y por ende ilícita: “las prácticas de comercialización que transgreden el derecho del consumidor a un trato equitativo y digno o afecten la libertad de elección (art. 42 CN), o vulneren los principios

(20) KREGER, Walter F., en BORDA, Alejandro (dir.), *Derecho civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 277. JALIL, Julián E., “Prácticas abusivas...”, cit.

(21) XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, septiembre de 2009. Comisión de Derecho Interdisciplinario. Derechos del Consumidor. II. Proyecciones de la reforma sobre algunas cuestiones atinentes al derecho contractual.

de buena fe o del abuso del derecho constituyen prácticas abusivas prohibidas por la ley” (22).

Por su parte, en las *XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil* se afirmó que, frente a la ejecución de pagarés de consumo, el consumidor podrá ejercer todas las defensas causales e invocar las normas protectorias del Derecho del Consumidor, en razón que la emisión de pagarés de consumo constituye una práctica vejatoria. Lo mismo podrá efectuarse en cualquier proceso ejecutivo, en el marco de una relación de consumo. Cuando resulte notoria la existencia de una relación de consumo el juez podrá de oficio aplicar las normas de Defensa del Consumidor, entre ellas la nulidad de la cláusula de prórroga de jurisdicción territorial.

## VI. Las prácticas abusivas en el Código Civil y Comercial. El diálogo de fuentes

El art. 22 del Proyecto de Ley debe ser correlacionado con el Código Civil y Comercial que destina preceptos específicos en la materia. Desde esta arista, en la Sección 1ª, Capítulo 2 del Cód. Civ. y Com., bajo el título “Formación del consentimiento” se encuentran reguladas las *prácticas abusivas*. La fuente de la frase “prácticas abusivas” la hallamos en el art. 29 del Código Brasileño de Derecho del Consumidor. El campo normativo del Cód. Civ. y Com. resulta aplicable a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en los arts. 1092 a 1096 del Cód. Civ. y Com.

La expresión “consumidor expuesto” significa que el consumidor no sólo es quien adquiere o utiliza bienes o servicios. También lo son los consumidores, determinados o no, quienes se hallan expuestos a prácticas comerciales. Basta una simple exposición a dichas prácticas ya que concretamente la disposición está pensada para el consumidor que se halla en vías de adquirir o utilizar bienes o servicios (23).

(22) QUAGLIA, Marcelo C., “Trato digno y prácticas abusivas: análisis del artículo 8 bis de la ley 24.240”, RCyS 2011-III-42; LL Online AR/DOC/5091/2010. Asimismo, CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto de consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I.

(23) BENJAMÍN, Antonio, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitaria, 1991, p. 147.

El Código reconoce como prácticas abusivas la lesión al trato digno, el trato discriminatorio, la lesión a la libertad de contratación, y la publicidad abusiva, mientras que el art. 22 de Proyecto de Ley resulta ambicioso pues deviene más casuístico.

Analizaremos de manera pormenorizada cada caso que contempla.

## VII. Supuestos comprendidos como prácticas abusivas

Como venimos señalando el Proyecto contempla de manera *enunciativa* una serie de prácticas que importan una restricción a la libertad del consumidor. Ellas son: el envío o entrega de productos sin solicitud previa; la subordinación de la provisión de un bien o la prestación de servicios a la adquisición o contratación simultánea de otros bienes o servicios; La falta de elaboración de presupuestos previos; la negación o condicionamiento injustificado en la adquisición de bienes o servicios; aumentar sin justa causa el precio de los bienes o servicios con posterioridad a la oferta hecha pública; acudir a la sorpresa, el acoso, la coacción, la fuerza o la influencia indebida, a fin de que el consumidor decida una contratación; la conducta engañosa que incide en la decisión del consumidor en contratar.

Analizaremos cada caso de manera particular.

### VII.1. El envío o entrega de productos sin solicitud previa

La solicitud previa para el envío o entrega de producto es un recaudo insoslayable para que exista exteriorización volitiva por parte del consumidor (arts. 260/262 del Cód. Civ. y Com.), pues el silencio, en principio, no puede ser considerado una manifestación de la voluntad (art. 263 del Cód. Civ. y Com.). Tampoco puede presumirse manifestación tácita alguna, pues ella debe resultar de actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre (art. 264 del Cód. Civ. y Com.).

Bajo esta arista, cualquier cargo generado en este sentido debe ser imputado al proveedor. Por su parte, resulta lógico, tal como lo prevé la norma que si se envía una cosa que no ha sido requerida el consumidor no tenga la obligación de conservarla.

Ahora bien, la norma agrega una consideración novedosa, pues establece que tampoco está obligado a restituirla al remitente. La norma da lugar a dos interpretaciones:

a) Que el consumidor adquiere el dominio sobre ella con derecho a retener, lo que, desde nuestra perspectiva, implicaría un *abuso del derecho* (art. 10 del Cód. Civ. y Com.) y un claro *enriquecimiento sin causa* (arts. 1794 y 1795 del Cód. Civ. y Com.).

b) Que el consumidor no tenga la obligación de reenviarla sino que es el remitente quien tiene el deber de ir a retirarla. Creemos que ésta debe ser la interpretación correcta, pues admitir lo contrario sería lesivo de determinados apotegmas normativos que ya han sido descriptos (arts. 10, 1794, y 1795 del Cód. Civ. y Com.).

### ***VII.2. La subordinación de la provisión de un bien o la prestación de servicios a la adquisición o contratación simultánea de otros bienes o servicios***

La prohibición legal se dirige a evitar que el consumidor sea compelido a adquirir bienes o servicios que no necesite o que no se ha planteado usar o adquirir en esa oportunidad. Es claro que ello implica restringir la libertad de decisión en orden a establecer un vínculo con el proveedor, es decir, optar entre contratar o no hacerlo.

Ello suele acompañarse con un escaso lapso de reflexión y reticencia en la información. Sin embargo, se permiten los “combos”, la combinación de diversos bienes o servicios, siempre que cada producto que integre el conjunto pueda ser adquirido por separado.

La distorsión que se repele legislativamente se vincula con la satisfacción plena del consumidor y usuario. En efecto, con asiduidad se advierte que el consumidor es destinatario de técnicas agresivas de ventas que se caracterizan por la presión que se ejerce y la consecuente dificultad para discernir los derechos y obligaciones derivadas de la contratación.

Estas prácticas inciden directamente sobre la libre prestación del consentimiento y, en general, aparecen relacionadas con bienes o servicios que el consumidor o usuario requiere, a los que se agregan otros que no tuvo intención

de adquirir. De esta manera, se generan obligaciones que nunca estuvieron en miras y sobre las cuales no medió la necesaria reflexión. En síntesis, son bienes o servicios ni solicitados ni necesarios, respecto de los cuales media una ficticia relación de accesoria o conexión. La admisión del derecho al arrepentimiento es uno de los medios de protección que el Cód. Civ. y Com. ha incorporado (24).

### ***VII.3. La falta de elaboración de presupuestos previos***

Resulta un recaudo insoslayable en la relación de consumo la aceptación expresa del presupuesto del servicio que se pretende ejecutar. Asimismo, forma parte de las bases objetivas del contrato que permiten evaluar al consumidor la conveniencia o no de su ejecución.

La ausencia del conocimiento de uno de los elementos nucleares del acuerdo (el precio por el servicio) atenta contra la libertad de elección del consumidor y la falta de configuración esa situación jurídica disvaliosa es lo que la norma intenta proteger.

### ***VII.4. La negación o condicionamiento injustificado en la adquisición de bienes o servicios***

La negación injustificada en la adquisición de bienes resulta una práctica utilizada en nuestro país en épocas de fluctuación monetaria con alto índice de inflación. En esas situaciones se ha advertido que la especulación económica de las empresas proveedoras de bienes desabastece el mercado y atenta contra la dignidad del consumidor. La norma propende a paliar los efectos de las situaciones nocivas para el consumidor que pueden presentarse por los avatares económicos de nuestro país y las especulaciones de los proveedores de bienes en función de ellos.

Tampoco puede admitirse que la adquisición del producto dependa de la compra de otra mercadería o bien limitar la misma también con fines especulativos.

(24) BARREIRO, Rafael F., “Las prácticas abusivas en la relación del consumo”, *Revista Jurídica de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, nro. 1, febrero de 2018. CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto...*, cit., p. 211.

**VII.5. Aumentar sin justa causa el precio de los bienes o servicios con posterioridad a la oferta hecha pública**

El proveedor tiene la obligación de mantenerse en la oferta que ha exteriorizado públicamente por el tiempo que ella dure. La modificación del precio afecta la identidad de la oferta e implica una modificación ilegítima de esta. Desde esta perspectiva, el empresario debe contemplar en el precio todas las variables económicas que se puedan presentar en la economía, pues una vez emitida la misma queda obligado unilateralmente con el consumidor.

**VII.6. Acudir a la sorpresa, el acoso, la coacción, la fuerza o la influencia indebida, a fin de que el consumidor decida una contratación**

Para la funcionalidad de esta práctica vejatoria deben darse tres aristas, específicas:

a) El proveedor debió haber acudido a la sorpresa, el acoso, la coacción, la fuerza o la influencia indebida del consumidor en esa contratación.

b) El consumidor debió haber decidido esa contratación específica en razón de ello.

c) Debe considerarse que ante la ausencia de los ardidés o artificios descriptos el consumidor no hubiera efectivizado la contratación o bien hubiera efectuado otra.

Corroborados estos extremos subjetivos y objetivos, la práctica se considerará abusiva.

**VII.7. La conducta engañosa que incide en la decisión del consumidor en contratar**

Como en el caso anterior se requieren tres elementos para la configuración de esta práctica abusiva.

a) El engaño por parte del proveedor.

b) La decisión del consumidor de contratar en razón de ello.

c) La certeza en torno a que el consumidor no hubiera realizado la contratación o se hubiera decidido por otra con mejores condiciones ante la ausencia de engaño.

**VIII. A modo conclusivo: el rol de la judicatura para evitar la restricción a la libertad de los consumidores que configuran prácticas abusivas**

El art. 22 del Proyecto de Ley representa la concreción normativa del casuismo derivado de la jurisprudencia de nuestro país en lo que a prácticas abusivas se refiere, pero su proyección pragmática y su correcta aplicabilidad en el marco del consumo derivará del compromiso de la judicatura.

La función de los jueces en tanto últimos guardianes de tutelas destinadas a prevenir o hacer cesar fuentes generadoras de graves perjuicios, fomenta el compromiso de los magistrados en tanto que deben velar por quienes resultan vulnerables a las conductas como las establecidas en los casos referenciados. Tal afirmación no deja de lado las funciones que le son propias a los restantes poderes, quienes se encuentran facultados para obtener las decisiones políticas o legislativas que cumplan con dicho objetivo.

La sociedad argentina ha visto crecer desde hace años —tal como en el resto del mundo— el avance de las nuevas tecnologías, la dinámica en las relaciones jurídicas y la existencia de graves perjuicios de incidencia colectiva cuya fuente descansa en prácticas abusivas por parte de los operadores, es necesaria una rápida y efectiva reacción a los efectos de que tales situaciones no se conviertan en la regla, ya que de otra manera el caos social, la inseguridad jurídica y la conculcación de derechos de raigambre constitucional, opacarían sin lugar a dudas, cualquier avance en el desarrollo de nuestro país (25).

Los magistrados debemos tener una posición proactiva en favor de la protección de los débiles jurídicos (usuarios y consumidores), pues solo en el sostenimiento claro de una política judicial combativa de las prácticas comerciales abusivas —ya sea de manera preventiva, resarcitoria o sancionatoria— se halla la matiz medular de la tutela judicial efectiva de las personas vulnerables (26).

(25) BARLETTA, Alejandro, “La franquicia irrazonable y el rol del juez en la prevención de prácticas abusivas”, DJ del 17/3/2010, p. 617; LL Online AR/DOC/240/2010.

(26) JALIL, Julián E., “Prácticas abusivas...”, cit., p. 315.



# La atención al usuario en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

DANIEL E. MOEREMANS (\*)

## I. Generalidades

El derecho a un trato equitativo y digno por parte del consumidor y frente al Estado y a los proveedores profesionales de bienes y servicios, ha sido plasmado en el art. 42 de la CN (1), lo que constituye, al igual que los demás derechos reconocidos en dicha norma, un principio general informador del todo el ordenamiento jurídico (2). También ha sido consagrado como derecho humano en diferentes tratados internacionales, que forman parte de nuestro dere-

cho positivo con jerarquía constitucional. Así (3) lo sostuvo la CSJT al afirmar que “el ‘Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos’ menciona que ‘la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.’ Su art. 1º dice que ‘todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad...’ Tanto el art. 22 como el 25, enuncian derechos fundamentales de las personas con base en la dignidad humana. La Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 11.1 menciona que ‘toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.’ Por su parte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su preámbulo dice que ‘todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.’ Tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos retoma lo establecido en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y establece como base el reconocimiento a la dignidad humana, estableciendo que los derechos que de allí surjan se ‘derivan de la dignidad inherente a la persona.’ La Convención sobre los Derechos del Niño recibe la dignidad en su arts. 23, 28, 37, 39 y 40”.

El art. 6º de la ley 23.631 (4) incorporó a su turno en la ley 24.240, el art. 8º bis estable-

(\*) Abogado (UNT—premio mejor promedio—). Máster y Doctor en Derecho *magna cum laude* (Universidad de Münster, Alemania). Profesor Asociado de Derecho Civil III — Contratos— (UNT). Profesor de posgrado en distintas universidades.

(1) La primera parte de dicho artículo reza: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en las relaciones de consumo... a condiciones de trato equitativo y digno”. En igual sentido, el art. 42 de la Constitución de Tucumán y otras Constituciones provinciales. Este derecho, como señala BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, p. 96, es ambivalente, porque no solo es oponible al Estado, sino también a quien provee bienes y servicios.

(2) BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución...*, cit., t. II, p. 94. En igual sentido, FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 596, quienes enseñan que “dentro del elenco de derechos consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional, el derecho sustancial al trato digno y equitativo [y a la atención del usuario en idénticas condiciones, acotamos] vino a actuar como herramienta de jerarquización del consumidor en cuanto persona humana, en especial frente a aquellas prácticas excesivas o lesivas de sus derechos personalísimos”.

(3) CS Tucumán, sala Laboral y Contencioso-administrativo, s/amparo, sent. 1827 del 28/11/2018, registro: 00054174-01.

(4) BO del 7/4/2008.

ciendo, bajo el título de “Trato digno, Prácticas Abusivas” lo siguiente: “Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias... Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor”. La finalidad perseguida con esta incorporación fue fortalecer la posición de la parte débil (consumidor o usuario) en la relación de consumo, “para establecer una situación de equidad y de equilibrio que es necesaria en el libre juego de las reglas del mercado” (5). En sentido concordante, el nuevo art. 1097 del Cód. Civ. y Com. estableció: “Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”. A su turno el art. 1098 prescribe que “los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores” (6). Es decir, las condiciones de atención

de los consumidores y usuarios, al igual que el trato deben reunir las características de ser dignos y equitativos. De este modo, el Derecho del Consumidor al trato digno y equitativo (y a la atención en igual sentido agregamos), actúa como pauta de ponderación de la legitimidad de las prácticas comerciales seguidas en el mercado de bienes y servicios (7), profundizando la evolución en la protección de los derechos del consumidor, apoyada en la idea de dignidad del consumidor, como persona. Cabe destacar igualmente que con relación a las prácticas abusivas se aplica igualmente a quien está expuesto a una relación de consumo, conforme surge del art. 1096.

La primera cuestión es lo que regula el anteproyecto en los arts. 23 a 25, que analizaremos más abajo.

## II. Atención digna y equitativa

Según la real academia “Atención”, es la acción de atender. También dentro de las acepciones que presenta la palabra se refiere a la “cortesía, urbanidad, demostración de respeto”. A su turno una de las acepciones del verbo “atender” es “tener en cuenta o en consideración algo” y “mirar por alguien o algo, cuidar de él o de ello”. Aplicándolo a nuestro tema podríamos decir que la atención del consumidor implica todos los recursos tangibles e intangibles puestos a disposición por los proveedores de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de los potenciales o reales consumidores o usuarios en forma digna y equitativa, es decir con respeto, con consideración, cuidándolo a ellos y su dignidad personal. Es decir, dicho principio se aplica en todo el *iter* de las relaciones de consumo (antecontractual, precontractual, contractual, postcontractual) y no solo frente al consumidor, sino también a quien está expuesto

(5) Dip. María Stella Maris Córdoba, sesión ordinaria del 9/8/2006, versión taquigráfica, Cámara de Diputados de la Nación, citada por KIPPER, Claudio M., en *Ley de Defensa del Consumidor, comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, t. I., p. 122, y nota 270. Este autor también señala que la norma es concordante con lo dispuesto por el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que estableció que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que declararon la dignidad inherente a la persona humana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(6) Al respecto señalan FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ,

Carlos (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 599, que la disposición del Cód. Civ. y Com. es más amplia que la del art. 8 bis de la LDC, debiéndose realizar entonces un diálogo de fuentes que brinde coherencia y coordinación entre ellas.

(7) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., t. I, p. 597.

a una relación de consumo(8). En palabras de la SCJT(9) “El trato digno implica dirigirse hacia una persona con el respeto que se merece por su condición de ser humano, otorgándole la debida atención y consideración para que no vea afectada su dignidad ni su honor. Cualquier conducta que esté por fuera de él, que lesione o afecte sus derechos más íntimos o su esfera íntima o moral, atentará contra su dignidad. La exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones ni mortificaciones (...)”.

Decimos recursos tangibles como intangibles para referirnos a que la atención digna y equitativa implica poner a disposición del usuario o consumidor los recursos humanos y materiales para la adecuada satisfacción de sus intereses, con las consideraciones derivadas de su condición de ser humano. Es por ello que los proveedores de bienes y servicios, para brindar una atención ajustada a derecho, deben contar con personal suficientemente capacitado para informar en forma veraz objetiva, oportuna y gratuita, a los usuarios sobre las características y condiciones de los bienes y servicios a prestar, sobre los eventuales riesgos o contraindicaciones, como así también asesorarlos sobre las mejores opciones, condiciones, modalidades, acceso, etc., de manera que éstos puedan satisfacer adecuadamente sus intereses en forma sustentable(10). Ello implica

(8) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 605, enseñan que los efectos de las técnicas y mecanismos de comercialización empleados por los empresarios, “cuyos efectos se expanden de manera difusa y masiva hacia un universo de potenciales consumidores, por tal razón, cualquier régimen que pretenda luchar de manera eficaz contra las prácticas comerciales ilícitas no puede prescindir del enfoque colectivo al momento de determinar al destinatario de la protección...”.

(9) CS Tucumán, sala Laboral y Contenciosoadministrativo, s/amparo, sent. 1827 del 28/11/2018, registro: 00054174-01.

(10) En tal sentido, KIPPER, Claudio M., en *Ley de Defensa...*, cit., t. I., p. 130, enseña que “(e)s necesario que el proveedor cuente con personal capacitado, de modo que pueda atender al público de manera eficiente y cortés, atendiendo y solucionando, en concreto los requerimientos y problemas diversos que quedan suscitarse a raíz de la interacción oferente-demandante,

también la posibilidad de acceso a un interlocutor personalizado(11), que brinde atención esmerada y satisfactoria y sin dilaciones irrazonables(12). Como enseñan Wajntraub-Mosset Iturraspe(13), se trata de asumir que “el usuario es un cliente a quien complacer, tratar bien, y en lo posible halagar”. Por ello no se brinda un trato digno cuando el usuario o consumidor, para efectuar una consulta o reclamo, debe llamar a un *contact center* u operadora automática que lo deriva a otros internos, debiendo marcar innumerables veces opciones en el teclado, para finalmente esperar en vano que una persona humana lo atienda en vivo(14).

brindando de modo claro y concreto, en todo momento, en forma cierta y objetiva, información adecuada, veraz, detallada, eficaz y eficiente y en forma gratuita, a fin de colaborar en el proceso de decisión que realiza el consumidor para discernir la mejor manera de defender sus intereses económicos”. Señala que, en este sentido, se correlaciona el derecho a la información con el derecho a un trato digno, ambos reconocidos constitucionalmente, apareciendo como un elemento nivelador de las relaciones interpersonales y como herramienta para el ejercicio de los restantes derechos.

(11) En tal sentido, la actual LDC en el art. 27 establece: “...Las empresas prestadoras de servicios públicos deberán garantizar la atención personalizada a los usuarios”. En rigor, consideramos que toda empresa prestadora de servicios debe contar con uno de atención personalizada a los usuarios. Véase MOEREMANS, Daniel, comentario al art. 27, en PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 209, t. I, p. 340.

(12) El ST de Formosa, el 12/7/2013, en autos “Aerolíneas Argentinas Sucursal Formosa s/apelación (ley pcial. N° 1480)”, LL Online AR/JUR/46418/2013; LLLitoral, diciembre de 2013, p. 1182, con nota de Marcelo G. GELCICH, confirmó la sanción a la compañía aérea estatal, al afirmar que “(l)a actitud de la aerolínea de no responder al reclamo efectuado por el consumidor constituye una omisión al deber de prodigarle trato digno y resulta pasible de la sanción prevista en el art. 8 bis de la Ley 24.240, pues la ausencia de respuesta oportuna demuestra falta de interés y consideración, lo cual es violatorio del principio de buena fe”.

(13) *Ley de Defensa del Consumidor*, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 166.

(14) Esta práctica es lo que motivó el fallo “Unión de Usuarios y Consumidores c. CNC y otros”, LL 2002-D-397, fallado por el JNFed. Contenciosoadministrativo, Nro. 5, 27/3/2002, donde se resolvió que “es procedente la medida cautelar pedida en una acción de amparo para que los licenciarios del servicio básico telefónico presten atención personalizada a sus usuarios, si se han cerrado numerosas oficinas donde se brindaba tal

También implica la atención digna y equitativa que la misma, como dijimos, sea brindada en tiempo razonable, lo que implica que los proveedores deben implementar los mecanismos para ello, como así también en condiciones que no sean vejatorias o indignantes, lo que a su turno significa que se deben contar con las medidas edilicias indispensables para un tal tipo de servicio. Frustagli y Hernández (15) puntualizan que la observancia del deber de atención y trato digno puede significar entre otras cosas, que el proveedor tenga que contar con la organización y personal idóneos para la atención del consumidor; que no los someta a largas esperas, que existan habilitados centros de atención de reclamos con capacidad operativa para dar respuestas en tiempo razonable, que se cuide la calidad del servicio, que en la atención y prestación del servicio, se considere la situación de los consumidores más vulnerables (16), etcétera.

Para Japaze (17), “atender” al consumidor implica desplegar acciones variadas. Importa recibirlo adecuadamente, escucharlo, informarlo, asesorarlo, aconsejarlo, advertirle sobre los riesgos, receptar sus reclamos, darle satisfacción adecuada. Todo ello de conformidad a las concretas circunstancias del caso. Atenderlo supone arbitrar los mecanismos necesarios al

efecto: habilitar centros de atención al cliente de acceso real y efectivo, capacitar a quienes ejercen la representación del proveedor o son su cara visible frente al consumidor o usuario, diseñar procedimientos y herramientas adecuados para dar respuestas satisfactorias en tiempos razonables. También, continúa señalando Japaze, en coincidencia con lo que manifestamos, implica la atención digna y equitativa el hecho de realizarla en tiempo razonable, evitando las demoras excesivas en la atención personalizada (18), la eliminación de largas colas, contar con locales adecuados, con infraestructura acorde al volumen de público a atender, etc. Es decir, implica la adopción de conductas o medidas positivas por parte del proveedor, acorde con el rol que cumple en el mercado y que resultarán de las circunstancias de persona, tiempo y lugar (19). Dicha obligación se agrava cuando goza de un monopolio u oligopolio en la provisión del bien o la prestación del servicio, o una posición dominante en el mercado, pues el usuario o consumidor no tiene la posibilidad de elección o la misma se encuentra limitada enormemente (20).

La atención del usuario en condiciones dignas y equitativas es un derecho que tiene todo ser humano por su mera condición de tal, “es decir como ser humano con todos los atributos de su humanidad” (21).

atención y las que permanecen abiertas emplean medios alternativos que no emiten comprobante de consulta en violación a los arts. 42 de la Constitución Nacional, 4 y 27 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, 27 y 30 del decreto 1798/94 y el Pliego de Licitación Pública”.

(15) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 607.

(16) Estos autores señalan que, en materia de servicios financieros, en algunas normas de la comunicación BCRA A 5460 se contemplan deberes relativos al trato digno en cuanto obliga a los bancos a implementar medidas especiales para garantizarse el acceso a la igualdad de condiciones a consumidores con determinadas limitaciones físicas. “Así el art. 2.2.1. prescribe que las personas con movilidad reducida, deficiencias motrices o dificultades de acceso a y/o de permanencia en los puntos de atención al usuario deberán recibir atención prioritaria en las casas operativas y quedarán eximidos de formar la fila correspondiente al resto de los usuarios de servicios financieros”.

(17) JAPAZE, Belén, “Las prácticas empresarias y el marketing agresivo”, en *Cuestiones de derecho del consumidor*, Bibliotex, Tucumán, 2015, p. 138.

(18) En este sentido, el art. 27 de la ley 24.240 prescribe que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben habilitar un registro de reclamos donde quede debidamente asentado el reclamo de los usuarios. Aquellos pueden efectuarse por nota, teléfono, fax, correo o correo electrónico, o por otro medio disponible, debiendo extenderse la constancia con la identificación del reclamo. Dichos reclamos deben ser satisfechos en plazos perentorios, conforme a la reglamentación de la ley. Las empresas deben garantizar la atención personalizada de los usuarios.

(19) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 607.

(20) KIPPER, Claudio M., en *Ley de Defensa...*, cit., t. I., p. 147.

(21) ERMEKDJIAN, Miguel Ángel, “El valor de la dignidad y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales, en BIDART CAMPOS, Germán J. (coord.), *Valores en la Constitución Argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1999, citado por KIPPER, Claudio M., en *Ley de Defensa...*, cit., p. 126.

Tal como enseña Kipper(22), este principio debe ser visto igualmente como una concreción del principio de buena fe (art. 9º del Título Preliminar del Cód. Civ. y Com.) y el abuso del derecho en todas las etapas de la relación de consumo y como desarrollo de la exigencia constitucional y convencional, mencionadas más arriba.

En materia contractual se ha señalado que todo el derecho privado se basa en la dignidad del ser humano y en la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del individuo, lo cual no puede darse sin el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales (23).

La exigencia de una atención digna y equitativa tiene como teleología el respeto al consumidor o usuario como persona y su dignidad, la que no puede ser sometida a menosprecio, desconsideraciones, destrato o maltrato por parte de los proveedores de bienes y servicios, lo cual no es infrecuente en la realidad de nuestro país. En efecto, tal como señala Kipper(24) "Lamentablemente, la vida diaria ofrece numerosos ejemplos, como en el caso de los lugares bailables que hacen esperar a los jóvenes en la puerta durante largo tiempo para ingresar, para que se vea mucho público, la irritante situación de llamar por teléfono y esperar mucho tiempo para ser atendido, además de tocar previamente diversas opciones, etc.". En igual sentido se ha afirmado(25) que las personas que a diario perciben beneficios previsionales u otros de la seguridad social, los que pagan tasas, servicios, impuestos, créditos, aportes judiciales, abonan resúmenes de tarjeta de crédito, depositan o extraen fondos, perciben haberes, cobran cheques, reclaman por garantías de productos, realizan trámites relacionados con servicios

públicos, compran entradas para espectáculos deportivos u recitales, hacen compras en momentos de ofertas y promociones, entre tantos muchos trámites, se ven obligados a realizar largas filas, esperar según los días, varias horas e incluso permanecer a la intemperie soportando las más diversas inclemencias climáticas calor extremos, lluvias, frío, etc.) sin asientos y en muchos casos sin sanitarios (como es el caso de las entidades bancarias). Estas situaciones que se presentan en la realidad (26), son las que han generado la necesidad de plasmar positivamente la obligatoriedad de los proveedores de concretizar una adecuada atención al usuario o consumidor, respetando su dignidad humana.

El trato digno y equitativo implica, según lo señala la doctrina, la prohibición de los siguientes tipos de prácticas(27): a) Práctica abusiva general, la que encuentra fundamento en la propia denominación incluida en la norma del art. 8 bis de la actual ley de defensa del consumidor y del art. 42 de la CN(28) y tratados internacionales; b) prácticas vejatorias o vergonzantes, "constituidas por aquellos procedimientos aplicados en la formación del contrato o en su ejecución que se caracterizan por colocar al consumidor en estado de sospecha, vergüenza

---

(26) E incluso han producido nuevas oportunidades de negocio para los proveedores de servicios, p. ej., las empresas de recepción de pagos como Pronto Pago, las que a su turno también dejaron de atender tan pronto por la gran afluencia de personas.

(27) Véase KIPPER, Claudio M., en *Ley de Defensa...*, cit., ps. 127 y ss.

(28) Dentro de la temática de prácticas abusivas está la publicidad engañosa y abusiva. En tal sentido, la Ley de Lealtad Comercial establece en su art. 5º: "Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción" y en el art. 9º: "Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios".

---

(22) KIPPER, Claudio M., en *Ley de Defensa...*, cit., t. I., p. 122.

(23) SANTOS BRIZ, Jaime, *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, cit. por KIPPER, Claudio M., en *Ley de Defensa...*, cit., nota 279.

(24) KIPPER, Claudio M., en *Ley de Defensa...*, cit., p. 141.

(25) Fundamentos del proyecto de ley "Tiempo de espera para la atención al público" de la provincia de Tucumán, suscripto por los legisladores Manuel F. Valdez, Roque T. Álvarez, Sergio A. García y Ramiro González Navarro, expte. 226-94-14.

o intimidación” (29) y c) prácticas discriminatorias (30), sea por cuestiones de nacionalidad, sexo, preferencia sexual, religión (31), edad, políticas, sociales, etc., en tanto y en cuanto de conductas negativas y no se traten de ofertas limitadas o cerradas por el proveedor y a aspectos disponibles.

En aplicación de los principios que venimos señalando, la jurisprudencia, cuyo rol, se ha señalado (32), ha sido decisivo en orden a precisar los alcances del derecho al trato y atención

(29) En cuanto a las prácticas vergonzantes, el propio art. 8 bis menciona los reclamos extrajudiciales de deudas, los que no deben otorgar la apariencia de reclamo judicial. Kipper, en su comentario al art. 8 bis, reproduce jurisprudencia sobre situaciones vergonzantes vividas por consumidores, derivadas de supuestas sustracciones de mercaderías en supermercados. Véanse ps. 141 y ss., causas “Bauer de Hernández, Rosa c. Carrefour Rosario”, fallado por la CCiv. y Com., Rosario, sala II, 12/2/1999, LLLitoral 2000-554; “Zagame” (CCiv. y Com., Lomas de Zamora, sala II, “Zagame, Roberto c. Carrefour Argentina SA”, JA 2003-IV-257); CNCiv., sala F, 23/11/2004, “Aguirre, Alicia de las Mercedes y otro c. Centro Integral de Comercialización SA s/daños y perjuicios”, elDial.com.

(30) KIPPER, Claudio M., en *Ley de Defensa...*, cit., p. 142, cita el fallo dictado por el Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo Nro. 1, en autos “Unión de Usuarios y Consumidores Libres c. Secretaría de Transporte”, sentencia del 7/11/2005, LL Online, donde el magistrado sostuvo que “la prohibición de discriminación consiste en algo más que en una simple censura de un trato desigual, pues existe un verdadero mandato constitucional de interdicción de tales conductas que repercuten negativamente en la conformación social, desde que el tratamiento secundario de algunos seres humanos comporta un atentado directo a la propia dignidad del hombre en base a la cual se construyen los derechos fundamentales. De otro lado, se desprende asimismo, que la discriminación es una conducta calificada por el resultado, por manera que la intención del sujeto que discrimina es absolutamente irrelevante a los efectos de establecer la efectiva existencia de discriminación. Corolario de ello, por lo demás resulta el carácter autónomo de la discriminación... Dicha autonomía ha sido consagrada claramente en los tratados internacionales...”.

(31) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 615, reseñan la sentencia de la CN-Civ., sala J, 11/10/2006, “H. L. y otro c. S. F. M.”, LL 2006-F-345 y ss., donde los actores reclamaron indemnización por daño moral al no haberse alquilado una propiedad por pertenecer a la religión judía.

(32) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 598.

dignos y equitativos, ha sostenido que violan el mandato constitucional y convencional del derecho a una atención digna y equitativa los siguientes supuestos:

### II.1. Incumplimiento al deber de información y trato digno

En el caso “Torres, Luis Ángel c. Caja de Seguros SA s/cumplimiento de contratos civiles/comerciales” (33) sostuvo que “la conducta de la aseguradora de invocar una exclusión de cobertura en sede extrajudicial —en el caso, por accidente derivado del uso de motocicletas— y, al contestar la demanda, agregar tardíamente la póliza, es incompatible con el trato digno que debe dispensarse al consumidor, en los términos de los arts. 1º, 2º, 1096, 1097, 1098 y concs. del Cód. Civ. y Com. *In re* “Plaza, Edgardo Iván c. Auto Jujuy S.A. y Renault Argentina S.A. s/acción emergente de la ley del consumidor” (34), una empresa de servicio de asistencia mecánica al viajero que brindó una información deficiente sobre las condiciones en que se brindaría la prestación y, posteriormente, cuando el suscriptor adherente se hallaba de vacaciones con su familia en otro país y con el automóvil averiado no desplegó una conducta diligente para sortear los obstáculos, es responsable de los daños derivados de su conducta, pues se valió de comportamientos que afectaron los derechos básicos del consumidor al trato digno, equitativo y a la información requerida oportunamente, lo que justifica la legitimidad de la pretensión (art. 42, CN; 1098, 961 y 1061, Cód. Civ. y Com.; 8º bis, ley 24.240).

En otro caso (35) se dijo: “Los derechos de un consumidor al que se le generaron cargos por la utilización de un servicio de internet contratado de manera gratuita por el término de dos meses fueron vulnerados y deben repararse, dado que

(33) Fallado por la CCiv. y Com., Azul, sala II, LL Online AR/JUR/91578/2017, del 19/12/2017; RCyS 2018-V-219; RCCyC del 7/6/2018, p. 183; LL del 28/6/2018, p. 6, con nota de Carlos J. M. FACAL; LL 2018-C-485, con nota de Carlos J. M. FACAL.

(34) CCiv. y Com., Jujuy, sala II, 26/12/2016, LL Online AR/JUR/96243/2016; RCyS 2017-V-133; LL del 5/6/2017, p. 10; LL 2017-C-354; RCCyC del 10/7/2017, p. 191.

(35) Fallado por la CNFed. Civ. y Com., sala II, 14/6/2017, LL Online AR/JUR/43022/2017; RCyS 2018-V-98.

no es compatible con el principio protectorio del consumidor —que implica el necesario trato digno y no discriminatorio y el otorgamiento de información adecuada y veraz— argumentar frente a un servicio que se ofrece como gratuito por dos meses el uso de los módems otorgados, que dicho plazo comienza a correr desde que el actor aceptó telefónicamente los equipos o bien desde que unilateralmente fueron activados por la empresa, cuando no hay constancia de que ello haya sido previamente informado ni surge de la prueba producida en autos”. En sentido similar (36), *in re* “S. J., J. A. c. Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. s/daños y perj. incump. contractual (exc. estado)”, se dijo que “la asociación mutual es responsable en los términos de la ley 24.240 por los daños generados a un afiliado por haberle negado la cobertura de una prestación, pues omitió su deber de informar adecuadamente y brindar un trato digno al destinatario o usuario del servicio toda vez que se acreditó que el actor tomó conocimiento el día previo a la intervención de la negativa de la Mutual a dar cobertura a la misma” (37).

## II.2. Tiempo de espera

En los autos “Adet, Alfredo c. Telefónica Móviles Argentina SA s/incumplimiento de servicios de telecomunicaciones” (38), la jurisprudencia sostuvo: “La práctica de la empresa de telefonía demandada de tener al usuario que realiza un reclamo en un largo período de espera y de pasarlo de sector en sector sin darle solución al inconveniente no sólo es desgastante, sino que configura un trato bien dispar de aquel que garantiza el art. 42 de la Constitución Nacional y las disposiciones pertinentes de la ley 24.240”.

(36) CCiv. y Com., Mar del Plata, sala III, 12/7/2016, LL Online AR/JUR/45670/2016; RCyS 2017-III-193.

(37) Véase también CCiv. y Com., Pergamino, 6/6/2013, “A., N. S. c. Mutual Federada ‘25 de Junio’ y otro/a”, LL Online AR/JUR/25176/2013.

(38) CNFed. Civ. y Com., sala II, 11/5/2016, LL Online AR/JUR/24012/2016; LL del 25/7/2016, p. 11; LL 2016-D-400; LL del 29/8/2016, p. 9, con nota de Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS; LL 2016-E-114, con nota de Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS; RCCyC, octubre de 2016, p. 151, con nota de Rafael F. BARREIRO; RCyS 2016-XI-107; LL del 23/11/2016, p. 5, con nota de Rafael F. BARREIRO; LL 2016-F-336, con nota de Rafael F. BARREIRO; RCCyC, diciembre de 2016, p. 255, con nota de Sergio S. BAROCELLI y Johanna C. FALIERO.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy (39), afirmó que “la sanción reclamada por el usuario de telefonía domiciliaria en concepto de daño punitivo es procedente, toda vez que se demostró la actitud desaprensiva de la empresa, quien no dio solución satisfactoria en más de dos años al traslado de la línea solicitado, que se encuentra en pugna con el trato equitativo, digno, cortés, correcto y diligente al que tenía derecho el actor, como así también a obtener una respuesta adecuada y oportuna a su requerimiento, ello de acuerdo a lo previsto por el art. 42 de la Constitución Nacional, el art. 8 bis de la Ley 24.240 y el art. 5 del Reglamento General del Servicio Básico Telefónico”. En sentido similar el Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 5 de San Nicolás (40), cuando condenó a una empresa proveedora del servicio de telefonía que demoró más de dos años en instalar una línea debe pagar una multa por daños punitivos —en el caso, de \$26.000, pues incumplió de manera palmaria sus obligaciones legales y sometió al usuario, que es la parte más débil en la relación de consumo, a un penoso y largo peregrinar en pos de obtener el servicio requerido”.

También la jurisprudencia en el caso de las rutas concesionadas sostuvo que el consumidor debe ser atendido en el tiempo que marca la reglamentación y por ello confirmó la sanción impuesta a una concesionaria, al constatar que las barreras permanecieron bajas sin causa justificada excediendo el tiempo que marca la reglamentación especial conforme la cual el tiempo transcurrido entre el momento en que el usuario se posiciona en el carril de pago y el momento en que realiza el pago no debe superar los 4 minutos para vías exclusivas de automóviles y 5 minutos para vías de tránsito mixto (art. 42 del dec. 2356/2003) (41).

(39) El 30/10/2013, *in re* “Montaldi, Juan José c. Telecom Argentina SA s/violación a la ley 24.240”, LL Online AR/JUR/76138/2013; DJ del 7/5/2014, p. 70.

(40) El 6/9/2013, *in re* “Veiga, Santiago Adolfo c. Telecom Argentina SA s/daños y perjuicios”, LL Online AR/JUR/54043/2013; LLBA, noviembre de 2013, p. 1138.

(41) CContencioso administrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 4/8/2011, elDial.com AA6F2E del 20/9/2011, citado por JAPAZE, Belén, “Las prácticas...”, cit., p. 142, nota 224.

### II.3. Conductas discriminatorias y otras

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (42), confirmó la multa impuesta a la empresa telefónica en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, al haberse acreditado que un cliente tuvo que ser atendido en la puerta de uno de sus locales porque el área de atención no contaba con rampa para discapacitados, pues la exigencia de condiciones de atención y trato digno conlleva la exigencia de respetar al consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones. En “A., J. J. c. Empresa General Urquiza S.R.L. s/daños y perjuicios”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K (43), sostuvo que “la actitud que asumió la empresa de transportes demandada al denegarle un pasaje a una persona discapacitada, demostró la falta de interés y preocupación en el cumplimiento de lo normado por la Ley 25.635, menoscabando el derecho del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y cuya omisión evidencia una culpa grave que debe sancionada en los términos del art. 52 bis de esta normativa, tornando procedente la multa por daño punitivo”. En los autos “Q. L., M. J. c. Jumbo Retail Argentina S.A. (Supermercados Vea) s/recurso de apelación directa” (44), sostuvo: “Cabe confirmar la multa impuesta a un supermercado que, ante la situación de contar con su caja diferencial cerrada y las demás llenas de gente, ofreció a una mujer embarazada una silla para que espere, pues, con esa conducta vulneró el deber de trato digno tutelado por el art. 8 bis de la Ley 24240 y hasta puede avizorarse una lesión a derechos con jerarquía constitucional, como es el derecho a la intimidad”. La Corte Suprema

(42) El 6/11/2012, “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina SA s/reclamo contra actos de particulares”, LL Online AR/JUR/59228/2012; LLBA, diciembre de 2012, p. 1175, con nota de Carlos A. GHERSI; Marcelo HERSALIS; LL del 4/2/2013, p. 6, con nota de Horacio BERSTEN; LL 2013-A-235, con nota de Horacio BERSTEN; supl. Const. del 22/2/2013, p. 68; LL 2013-A-423; DJ del 29/5/2013, p. 3, con nota de Sergio S. BAROCELLI; DJ del 23/10/2013, p. 4, con nota de Juan Manuel HITTERS; Andrés FERREIRO.

(43) Del 8/10/2015, LL Online AR/JUR/78685/2015.

(44) CCiv. y Com., Salta, 8/11/2013, LL Online AR/JUR/75413/2013.

de Justicia de la Nación (45) sostuvo *in re* “Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A.” que “el trato digno al pasajero transportado significa —conforme art. 42 de la Constitución— que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece, lo cual incluye la adopción de medidas para que el pasajero no descienda —como en el caso— empujado por una marea humana con riesgo para su integridad física y de modo que viaje en forma razonablemente cómoda”. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H (46), condenó a la demandada por trato discriminatorio, al impedir el ingreso a una pareja homosexual al hotel alojamiento, ponderando que el derecho a la dignidad y la prohibición de discriminación tenían mayor jerarquía constitucional, que el derecho a la libre contratación.

### II.4. Conductas que colocan a los usuarios en situaciones vergonzantes

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I (47), afirmó la responsabilidad de un supermercado por los daños sufridos por una mujer discapacitada cuando personal de seguridad del establecimiento la maltrató en ocasión de haber activado la alarma por una prótesis de titanio que tenía en su columna —en el caso, se lo condenó a abonar

(45) El 22/4/2008, LL Online AR/JUR/759/2008; LL del 20/5/2008, p. 7; RCyS 2008-860; LL del 27/5/2008, p. 5, con nota de Osmar S. DOMÍNGUEZ; Juan Manuel ARCA; LL 2008-C-529, con nota de Osmar S. DOMÍNGUEZ; Juan Manuel ARCA; LL del 2/6/2008, p. 4, con nota de Sebastián PICASSO; Juan Manuel PREVOT; LL 2008-C-562, con nota de Sebastián PICASSO; Juan Manuel PREVOT; LL del 10/6/2008, p. 7, con nota de Marcelo HERSALIS; LL 2008-C-704, con nota de Marcelo HERSALIS; DJ del 18/6/2008, p. 481; DJ 2008-II-481; supl. Const., julio de 2008, p. 14, con nota de Carlos A. GHERSI; LL 2008-D-266, con nota de Carlos A. GHERSI; *Impuestos* 2008-17-1530; JA 2008-III-117, con nota de Juan J. CASIELLO.

(46) El 16/12/2016, en autos “P. D. N. c. General Paz Hotel SA s/daños y perjuicios”, LL Online AR/JUR/92932/2016.

(47) El 17/9/2015, “L., M. G. c. INC SA - Supermercados Carrefour y otro s/daños y perjuicios”, LL Online AR/JUR/30581/2015; RCCyC del 17/11/2015, p. 192; RCyS 2015-XII-132; LLBA, febrero de 2016, p. 103.



daño moral—, pues esa conducta configuró una violación a la obligación de trato digno, reconocido en el art. 42 de la CN, el art. 8° bis de la ley 24.240, reformado por la ley 26.361, y el art. 51 del Cód. Civ. y Com. En igual sentido la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I(48), cuando afirmó: “El hipermercado resulta responsable ante el daño moral sufrido por un cliente si está acreditado en el contexto de la relación de consumo que éste no recibió un trato digno por el personal de seguridad de la entidad ya que al cruzar la línea de sensores y sonar la alarma se le pidió que mostrara su bolso en forma insistente y atropelladamente, con expresiones verbales inapropiadas delante de los demás compradores y usuarios”.

### III. La atención al usuario y consumidor en el Anteproyecto de Ley de Defensa al Consumidor

Los arts. 23, 24 y 25 del Anteproyecto en consonancia con los principios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia prescriben:

#### III.1. Atención al consumidor o usuario

“Art. 23.— El trato digno comprende la obligación de atención al consumidor o usuario, adecuada a las condiciones de vulnerabilidad, o hipervulnerabilidad. El proveedor debe disponer de los recursos y procedimientos, suficientes a fin de recibir las consultas que pudieran formularsele, escuchar, informar y aconsejar al consumidor, receptar sus reclamos y darle una respuesta adecuada y en tiempo razonable. De acuerdo a las circunstancias, el proveedor deberá habilitar centros de atención de acceso real y efectivo, contando para ello con personal capacitado e infraestructura adecuada”.

El Anteproyecto remarca que dentro del concepto general de trato digno y equitativo amparado constitucionalmente (art. 42), se encuentra el derecho a ser atendido en igual forma por el proveedor de bienes y servicios. Es decir, dicha atención debe ser brindada en forma digna y equitativa, lo que implica conforme o ajustada

a los principios que hemos mencionado más arriba. Es por ello que la atención no es ajustada a la directiva constitucional, convencional e infraconstitucional cuando es deficiente o irrespetuosa, cuando se lo trata como un delincuente, cuando deben esperar un tiempo irrazonable o en condiciones vejatorias para ser atendidos, cuando sus quejas o reclamos no son atendidos o lo son pero en un tiempo irrazonable, cuando sus consultas no son recibidas o no son contestadas, cuando no se los asesora correctamente, cuando no se los escucha, cuando el local comercial donde se realiza la atención no se encuentra en condiciones dignas, es decir se encuentra en condiciones anti-higiénicas, o en él hay malos olores, cuando se lo trata indignamente por ser deudor, cuando se lo discrimina por sus preferencias sexuales o por su género, condición social, nacionalidad, religión, etc., cuando no se preserva la salud de los consumidores, cuando se pretende limitar indebidamente la responsabilidad del proveedor, etcétera (49).

La norma proyecta aclara que la atención debe ser adecuada a las condiciones de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad del consumidor o usuario. Adecuada significa que la atención debe ser apropiada, adaptadas a las condiciones de usuario o consumidor en general, pues se parte de la base que el usuario o consumidor es la parte débil en la relación de consumo. En este sentido la mención de vulnerabilidad se debe considerar a los efectos de un deber mayor por parte del proveedor de claridad al momento de brindar información y asesoramiento, como así también de evitarle daños y que realice un consumo sustentable. La mención a la hipervulnerabilidad, es decir, de vulnerabilidad agravada, en exceso, del usuario o consumidor, la consideramos sobreabundante, pues en la medida en que sea vulnerable, además de parte débil en la relación, es suficiente para que el proveedor adopte mayores recaudos al momento de la atención y adecue la misma a esa circunstancia. La categoría que se pretende introducir del hipervulnerable, en esta materia la consideramos neutra.

(48) El 17/9/2015, en autos “Leguizamón, María Guadalupe c. INC SA - Supermercados Carrefour y otros/daños y perjuicios”, LL Online AR/JUR/37779/2015; RCyS 2016-IV-267.

(49) Véase KIPPER, Claudio M., en *Ley de Defensa...*, cit., ps. 147 y 148.

En la segunda parte de la norma proyectada, se acentúa que la atención digna implica contar con los recursos tangibles e intangibles para la misma. Es decir, el proveedor debe contar con procedimientos y personal debidamente capacitado para: a) *recibir las consultas que pudieran formularse*, b) *escuchar*, c) *informar* y d) *aconsejar al consumidor*, e) *receptar sus reclamos* y f) *darle una respuesta adecuada y en tiempo razonable*. Evidentemente para poder recibir consultas, escuchar, informar, receptar reclamos y dar respuesta adecuada y en tiempo razonable, los proveedores deben contar con mecanismos de atención personalizada, recalando que la información debe ser brindada en forma gratuita.

La norma tiene la finalidad de que el deber de información y de dar consejo se cumpla razonable y adecuadamente al momento de la atención, como así también que los reclamos sean contestados en forma fundada, adecuada y en un tiempo razonable según las circunstancias, sin dilaciones innecesarias y sin reenvíos interminables que desalientan al usuario y lo colocan en una situación indigna.

Por último, se reitera que, de acuerdo con las circunstancias, el proveedor deberá habilitar centros de atención de acceso real y efectivo, contando para ello con personal capacitado e infraestructura adecuada. Quizás hubiera sido mejor establecer, tal como surge del actual art. 27 de la ley, que en todos los supuestos se debe garantizar la atención personalizada, agregando que esta última debe ser brindada por personal capacitado e infraestructura adecuada. Es decir, el proveedor puede organizar la atención al público por los distintos medios disponibles, pero el usuario debe contar en todos los casos con la posibilidad de una atención personalizada y en locales que cuenten con una estructura acorde con el servicio de que se trate, tema sobre el cual, el anteproyecto vuelve más adelante.

### III.2. Atención prioritaria

El art. 24 reza: “Los proveedores de bienes y servicios deberán garantizar, en sus establecimientos, la atención prioritaria a las mujeres embarazadas, personas con discapacidad, mayores, acompañadas con niños o niñas de es-

casa edad, o que por alguna razón objetiva se encuentren en una situación que dificulte su desplazamiento o movilidad. Se entiende por prioritaria a la atención prestada en modo inmediato y sin dilaciones”.

El artículo establece que el proveedor debe contar en su organización con procedimientos y personal que atiendan con prioridad, es decir más que con anterioridad, en forma inmediata y sin dilaciones, a personas que se encuentran objetivamente en una situación que dificulte su desplazamiento o movilidad. La norma menciona de manera ejemplificativa que se encuadran en esta situación, es decir con derecho a una atención inmediata, sin dilaciones, las siguientes: a) *mujeres embarazadas*, b) *personas con discapacidad*, c) *mayores*, d) *acompañadas con niños o niñas de escasa edad*.

### III.3. Tiempo de espera

Ya vimos que la espera juega un rol en los siguientes aspectos: a) el que menciona el art. 23 cuando habla de que en caso de reclamo se debe responder en tiempo razonable, b) en los casos en que se debe atender en forma inmediata y sin dilaciones, p. ej., el caso de las personas con dificultades de motricidad, embarazadas, discapacitadas, etc. (art. 24) y c) el llamado “tiempo de espera” para ser atendido en general y las condiciones de dicha espera, que es regulado por el art. 25 del anteproyecto.

#### III.3.1. Tiempo de espera para ser atendido

Tal como enseña Japaze(50), “La espera a que se someten a consumidores y usuarios en determinados establecimientos comerciales, no solo para plantear reclamos o quejas, sino hasta para cumplir los pagos regulares de los servicios prestados, puede ser considerada una práctica lesiva de la dignidad. La duración de la espera y la circunstancia de que dicha espera debe ser soportada en condiciones de incomodidad y hasta de riesgo a la salud (en la vereda del establecimiento al sol o bajo la lluvia, de pie etc.) ha motivado la adopción de ciertas medidas de tutela”. Así en la provincia de Misiones, la ley 4329 (ADLA 2006-E-5371) prescribió que el

(50) JAPAZE, Belén, “Las prácticas...”, cit., p. 142, nota 224.

tiempo de espera en caja no supere el término de media hora y que toda persona que concurra dentro del horario de atención al público debe ser atendida. También obliga a exhibir en el sitio de pago con letras mayúsculas, negrita tipo arial 26 el texto que diga: “Señor usuario el tiempo de espera en caja no debe superar el término de media hora, en caso contrario puede hacer su reclamo en el libro correspondiente”. En la provincia de Tucumán se ha dictado la ley 8895 en fecha 26 de julio de 2016, BO: 29/7/2016 (Tucumán), vigencia: 6/8/2016, cuyo art. 1º prescribe: “Declárase el carácter de ‘trato indigno’ al consumidor o al usuario en: a) Toda práctica de atención al público que implique permanecer en filas con esperas mayores a treinta minutos. b) Toda práctica de atención al público que implique permanecer en filas a la intemperie en el exterior de instituciones y/o locales comerciales. c) Toda práctica de atención al público que obligue a esperas en instituciones y locales comerciales mayores a noventa minutos, incluso aunque: se provea de suficientes asientos, existan instalaciones sanitarias y el orden de atención sea según tique numerado. d) Toda práctica y/o conducta contraria a la establecida en el art. 8º bis de la Ley nacional de Defensa al Consumidor, 24.240. Art. 2º - Cuando existan presuntas prácticas de atención al público caracterizadas como ‘trato indigno’ a los consumidores o usuarios, según indica el art. 1 de la presente ley y las normas reglamentarias y resoluciones que en su consecuencia se dicten; la autoridad de aplicación iniciará actuaciones administrativas de oficio o por denuncia de acuerdo al procedimiento establecido por la ley 8365. Art. 3º - Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido, serán pasibles de las sanciones previstas en los arts. 29 de la ley 8365 (procedimiento administrativo para la defensa de los derechos del consumidor y del usuario); y 47 de la ley nacional 24.240 (Defensa del Consumidor) y en el cap. IV de la ley 22.802 (Lealtad Comercial). Art. 4º - El Poder Ejecutivo reglamentará e instrumentará la difusión de la presente ley para su conocimiento en el ámbito de la provincia...”

Es decir, la ley provincial considera “trato indigno”, cuando se deban hacer filas (se supone de a pie) por más de 30 minutos. Independientemente del tiempo en el inc. b) considera indigno

el trato, cuando se deba permanecer en filas a la intemperie en el exterior de instituciones y/o locales comerciales, sin mención del tiempo. c) También considera que tiene ese carácter si la espera ya dentro de los locales supera los 90 minutos, siempre que el local cuente con asientos, *tickets* numerados y sanitarios y d) toda otra práctica y/o conducta violatoria del art. 8º bis de la ley 24.240 (51). A su turno, el dec. 3314 dispuso que los establecimientos deberán colocar un cartel destacado que detalle los derechos y cómo y dónde se deben realizar las denuncias. En caso de constatarse violación a la normativa, se prevén las sanciones previstas en la ley 24.240 t.o., o sea de \$500 a \$5.000.000.

### III.3.2. El Anteproyecto

En concordancia con los principios que venimos desarrollando, el Anteproyecto en su art. 25 prescribe: “Tiempo de espera: Los proveedores de bienes y servicios deben garantizar que el tiempo de espera en sus establecimientos, no supere el término de 30 (treinta) minutos y que toda persona que concurra al lugar, dentro del horario establecido para la atención al público, sea efectivamente atendida”.

Es decir, similar a lo establecido en las leyes provinciales, prescribe dos aspectos: a) Que el tiempo de espera en los establecimientos no debe superar los 30 minutos y b) que se debe garantizar que toda persona que concurre al establecimiento en horario de atención al público debe ser efectivamente atendida. Nada se dice sobre la prohibición de filas a la intemperie o en las veredas de los locales o instituciones.

A continuación, la norma establece que los establecimientos “..deberán instrumentar mecanismos para documentar y constatar de modo fehaciente el horario en que el usuario o consumidor comienza la espera de su turno y el momento en que es efectivamente atendido. Se

---

(51) Según da cuenta el diario local *La Gaceta* en su versión online, la autoridad de aplicación habría realizado diversos controles en nuestra ciudad, entre ellos, a la delegación del Banco de la Nación Argentina. Esta institución habría rechazado la competencia de la autoridad local, alegando que, según su carta orgánica, solo tienen competencia en ellos organismos federales. De aprobarse el Anteproyecto, este argumento —entendemos— no sería más invocable.

establece un período de 6 (seis) meses a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, para la instalación de sistemas mecánicos y/o electrónicos que emitan comprobante de turnos de espera”.

Se prevé entonces que el legislador otorgue un “tiempo de espera” hasta la efectiva entrada en vigencia de la norma. Durante el plazo de seis meses, a partir de la fecha de entrada en vigencia, los establecimientos deberán instalar sistemas mecánicos o electrónicos que emitan comprobantes de turnos de espera. De esa manera se deberá constatar el horario en que el usuario o consumidor comienza el turno y el momento en que es efectivamente atendido.

Esta disposición deja librado al establecimiento el procedimiento mecánico o electrónico para dejar constancia fehaciente del cumplimiento de la norma. La reglamentación podrá determinar que el usuario podrá tener un comprobante del *ticket* o comprobante que se emita o que en caso de reclamo o denuncia será el establecimiento el que cargará con acreditar el efectivo cumplimiento. Pensamos que la reglamentación debería también encontrar un mecanismo para adecuar el cumplimiento de este requisito según la empresa o establecimiento de que se trate (pymes, micropymes, entidades financieras, transnacionales, etc.). Por lo demás consideramos conveniente exigir que el derecho a ser atendido sea publicitado en todos los establecimientos al público, con letras destacadas, indicando que en caso de violación pueden asentar su queja en el libro de reclamos y denunciar la práctica indigna a la autoridad de contralor, sin perjuicio de los demás derechos que tuviere.

Continúa estableciendo la norma que “Todo consumidor o usuario que deba permanecer por más de 30 (treinta) minutos para ser atendido, puede asentar su queja en el libro habilitado al efecto. El proveedor deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, notificar a la autoridad de aplicación de la queja junto a todos los antecedentes documentales”.

La norma prevé que si se violara el tiempo de espera, el usuario o consumidor puede asentar su queja o reclamo en un libro habilitado para ello. Consideramos que dicha habilitación de-

bería ser realizada por la autoridad de contralor, que debería foliarlo, a los efectos de mantenerlo incólume. En caso de existir una queja, se establece la obligación de que el propio proveedor informe de la misma a la autoridad de contralor, junto con todos los antecedentes documentales. Esta obligación de información a la autoridad de contralor la consideramos cuestionable. Desde el punto de vista sociológico, porque implicaría una carga más para el establecimiento y la posibilidad de recibir una sanción, por lo que naturalmente tratará de evitarla. Desde el punto de vista jurídico porque salvo que hubiera una defensa atendible, y dado el carácter sancionador-administrativo de las multas y procedimientos ante la autoridad de aplicación, ello desde el punto de vista jurídico implicaría una autoincriminación, la que conculcaría el debido proceso legal, amparado por el art. 18 de la CN. Parece más razonable inspeccionar los libros de queja de tiempo en tiempo y en caso de constar la existencia de las mismas, solicitar que el establecimiento realice el descargo correspondiente, acompañando las constancias documentales del caso. También se podría pensar que realizada la queja o reclamo el establecimiento debe darle constancia al usuario y con la misma iniciar la denuncia correspondiente ante la autoridad de contralor.

Continúa diciendo la norma proyectada: “En ese contexto, y de acuerdo a las circunstancias, se consideran abusivas, por resultar contrarias a las condiciones de atención mencionadas en las disposiciones precedentes, a: 1. La espera en condiciones de incomodidad dentro del establecimiento del proveedor. Del mismo modo se entenderá, la que deba soportar el consumidor o usuario en la vía pública, expuesto a las inclemencias climáticas, debido a la inadecuación funcional o estructural del establecimiento; 2. La falta de sanitarios de acceso libre y gratuito en los establecimientos; 3. El tiempo de espera superior a los 30 (treinta) minutos para ser atendido, aun cuando se provea de asientos, existan instalaciones sanitarias, agua potable y el orden de atención sea según comprobante numerado”.

Se considera atención indigna: 1. Independientemente del tiempo que lleve la misma, la espera dentro del establecimiento del proveedor en condiciones de incomodidad o la

que deba soportar el usuario en la vía pública, expuesto a inclemencias climáticas, debido a inadecuación funcional o estructural en los establecimientos. Es decir, para que los proveedores tengan el beneficio de contar con 30 minutos para la atención de los usuarios deben contar con locales con condiciones de comodidad para la espera. Esas condiciones serán la existencia de asientos suficientes, según el volumen normal de usuarios, de sanitarios de uso libre y gratuito y de agua potable. En caso de que no lo tuvieran se considerará atención indigna, al igual si deben esperar en la vía pública para ser atendidos. Pensamos que el tema de la inadecuación del local funcional o estructural mencionada en la norma es meramente ejemplificativo, porque el hecho de esperar en la vía pública, en situaciones indignas e inseguras, cualquiera fuera el motivo, ya encuadra en el concepto de atención indigna. Por último, se considera indigna la atención, si supera el tiempo de espera los 30 minutos, según el comprobante que se le otorgue.

Por último, la norma prescribe que “Estas previsiones podrán ser aplicables a la espera telefónica o por medios electrónicos o similares, en todo aquello que resulte pertinente”. En este caso frecuente de que la espera se hace interminable por el mecanismo de derivar a opciones automáticas hasta que finalmente atiende una voz humana, en general proveniente de un *call center* radicado en el extranjero, debiera ser menor que en los casos mencionados más arriba, como así también deberían exigirles a las empresas con clientes cautivos o masivas, la obligación de contar con un 0800, de manera que se cumpla también el requisito de que la información sea gratuita.

#### IV. Conclusiones

Consideramos, en general, positiva la reforma proyectada referente a la atención digna y equitativa de los usuarios y consumidores, ya que se trata de dar operatividad y ambivalencia a los derechos plasmados en el art. 42 de la CN y demás los tratados internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional y la normativa infraconstitucional. Lo prescripto, por otra parte, se asienta en principios ya mencionados en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el tema. Solo resta exhortar a las autorida-

des de contralor a un efectivo control y sanción para los establecimientos que contravengan las normas y la concientización a las empresas que el tema de la adecuada, digna, equitativa, atención al cliente, en rigor, es una exigencia o requisito para participar activamente en el mercado de manera sustentable, por lo que toda política empresaria debe tener un procedimiento de atención al cliente y controles internos para su cumplimiento, como política de “buen gobierno”. Por último, la defensa de los principios y derechos establecidos podrá ser realizada en forma individual, como así también en forma colectiva por quienes tengan legitimación para ello, porque tal como lo ha sostenido la CSJT (52): “Así, como consecuencia del mandato constitucional del art. 42, deben perfeñarse instrumentos que permitan de manera justa, poco costosa, sencilla, rápida y exenta de formalidades, el acceso a la justicia como derecho ‘llave’ por el cual los consumidores puedan defender sus intereses” (Sahían, José H., ‘Tutela diferenciada de los consumidores’, *Revista de Derecho del Consumidor*, nro. 4, abril 2018, IJ-DXXXIII-664). Entre aquellos ‘instrumentos de protección diferenciada de los consumidores’, se incluye la llamada ‘colectivización’ procesal. Con ello se alude a que “la tutela efectiva de los consumidores no puede restringirse a la órbita individual, sino que deviene imprescindible expandir la garantía esencialmente a los intereses colectivos o difusos. Es que, estos sujetos vulnerables ya no pueden ser concebidos exclusivamente como partícipes de relaciones individuales, sino que actualmente el fenómeno se ha tornado substancialmente colectivo; y, por ello, es imperativa la revisión de los institutos tradicionales del Derecho Procesal, pensados primordialmente para dar respuesta a reclamaciones aisladas, y que se han tornado inútiles para hacer frente a los nuevos desafíos provenientes de la necesidad de satisfacer intereses más complejos de los consumidores. Consecuentemente el mandato constitucional y convencional de eficacia procesal impone este rediseño de las estructuras rituales, especialmente cuando se encuentran en juego intereses que exigen especial protección, como son los de los consumidores (cfr. Sahían, op. cit.)”.

(52) Fallo citado.



# Las prácticas abusivas del art. 26 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

MARÍA PAULA ARIAS (\*) Y JULIETA B. TRIVISONNO (\*\*)

## I. Introducción

En relación con la protección del consumidor frente a las prácticas abusivas, la metodología adoptada por el Anteproyecto resulta muy atinada, en tanto como ley especial del micro-sistema de consumo asume el rol de desarrollar reglas precisas en la materia, en armonía con el Código Civil y Comercial que proporciona estándares generales a fin de valorar la licitud de las prácticas comerciales. Siguiendo estas líneas, el Anteproyecto diseña una tutela integral, tipificando supuestos concretos de prácticas abusivas derivadas de tres grandes ejes: el respeto a la dignidad del consumidor (arts. 20, 23, 24 y 25), el trato equitativo y no discriminatorio (art. 21) y la protección contra aquellas prácticas lesivas de las libertades del consumidor (art. 22).

El régimen proyectado se complementa con la norma del art. 26, objeto del presente trabajo, que contiene un catálogo de prácticas que se considerarán directamente abusivas, sin necesidad de que la conducta desplegada por el proveedor sea encuadrada en alguno de los artículos precedentes. En este aspecto, se sigue la metodología de diversas normas de derecho comparado que diseñan estándares generales y luego incluyen catálogos de prácticas que se consideran abusivas de pleno derecho (1).

Tal como se desprende de la frase inicial del art. 26, la enumeración que este contiene es meramente enunciativa, motivo por el cual podrán considerarse abusivas otras prácticas que puedan encuadrarse en los estándares generales de las normas contenidas en el mismo capítulo del Anteproyecto y en el Cód. Civ. y Com.

Resulta de gran utilidad práctica para los operadores jurídicos contar con la enumeración que se realiza en el art. 26, debido a que las prácticas allí tipificadas no requerirán de mayores análisis para ser consideradas abusivas, sino que la configuración de los supuestos de hecho contenidos en cada inciso permitirá la aplicación de las consecuencias previstas en el art. 27 del Anteproyecto y del Cód. Civ. y Com.

En el presente trabajo realizaremos un primer abordaje acerca de las prácticas allí incorpora-

---

(\*) Profesora Adjunta de Derecho del Consumidor y de Derecho de los Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; Magíster en Derecho Privado, graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; Presidenta del Instituto de Protección Jurídica del Consumidor del Colegio de Abogados de Rosario; integrante del Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Rosario.

(\*\*) Profesora Adjunta de Derecho del Consumidor y de Derecho de los Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; Magíster en Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración de la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"; graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; integrante y Secretaria del Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Rosario.

---

(1) A modo de ejemplo, mencionamos al Código de Consumo italiano, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, entre otros.

das, que se enriquecerá seguramente con el debate doctrinario y la aplicación jurisprudencial.

## II. Las prácticas abusivas en el art. 26 del Anteproyecto.

### II.1. La imposición de condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios como práctica abusiva

El inc. 1º del art. 26 resulta ser una aplicación concreta del principio antidiscriminatorio (art. 5º inc. 10 Anteproyecto), del estándar general establecido en el art. 21 del Anteproyecto y del art. 1098 del Cód. Civ. y Com. que establece que los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio y que no pueden establecerse diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la nacionalidad de los consumidores. A su vez, tanto el art. 1098 del Cód. Civ. y Com. como los arts. 21 y 26 inc. 1º del Anteproyecto constituyen una reglamentación del derecho a recibir un trato equitativo y digno que consagra el art. 42 de la Carta Magna.

Por otro lado, las mencionadas normas deben interpretarse en diálogo con la ley 23.592 sobre penalización de actos discriminatorios que dispone que se considerarán tales particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. En otras palabras, dicha norma contribuye a dar contenido a la pauta genérica establecida tanto por el art. 1098 del Cód. Civ. y Com. como el inc. 1º del art. 26 del Anteproyecto.

La disposición que se comenta establece que se considera práctica abusiva imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios. En la realidad social se reconocen numerosos ejemplos de este tipo de prácticas. Algunos han sido receptados por la jurisprudencia y otros pueden advertirse observándose determinadas prácticas usuales en el mercado.

Un ejemplo de condición discriminatoria para la adquisición de servicios que fue llevada a los tribunales está dado por el caso en

que un hotel alojamiento prohibió el ingreso al establecimiento a una pareja del mismo sexo efectuando una discriminación fundada en la orientación sexual de las personas. En el mencionado precedente se ordenó indemnizar el daño moral pues aquella conducta afectó la dignidad y es la "igual dignidad" de todos los hombres lo que determina que no pueda tolerarse la discriminación de derechos fundamentales de las personas por motivos de raza, color, sexo, orientación sexual, idioma, religión, origen nacional, condición social, enfermedad, etc. Se sostuvo que si bien la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga a utilizar un criterio neutro predicable por igual para las parejas heterosexuales y homosexuales —en el caso de las discriminaciones directas—, así como rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso (2).

Otro supuesto de "condición discriminatoria para la adquisición de bienes" que se da en el plano social es el denominado *pink tax*, "tasa rosa" o "impuesto rosa". Dichos términos, buscan hacer referencia a una práctica comercial abusiva donde el producto destinado al género femenino posee un precio diferente, superior, en comparación con el producto, de similares o idénticas características, destinado al género masculino. Por lo general ocurre en productos que poseen una versión masculina y femenina con iguales características pero que, en pos de diferenciar las distintas opciones, cambian su color o nombre según el sexo (rosa para mujeres y azul para hombres). También existen otras manifestaciones como los casos donde hay una mínima modificación del producto que lo diferencia de su contracara (3) (4).

(2) CNCiv., sala H, 16/12/2016, "P., D. N. c. General Paz Hotel SA", *Revista de Derecho de Daños*, 2017-3 Cuantificación del daño, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, p. 546.

(3) LÓPEZ GUILLERMÓN, Juan Cruz, "¿Es el *pink tax* una práctica discriminatoria?", *SJA* 6/12/2017, 85.

(4) En relación con esta práctica comercial existe un informe elaborado por el Departamento de Asuntos del Consumidor (DCA) de la ciudad de Nueva York en el año



El inc. 1º del art. 26 del Anteproyecto en diálogo con otras normas y en sintonía constitucional, resulta eficiente a los fines de hacer frente a este tipo de prácticas. Así, el art. 1º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone que “discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

También existe jurisprudencia que ha reconocido daño moral a un pasajero por haber sido demorado y sometido a situaciones engorrosas, desgastantes y reiterativas —siete oportunidades en el lapso de dos años— al momento del *check in*, por presentarse homonimia con quien figuraba en la lista de sospechados de terrorismo *no fly list* ya que ello se hubiese podido evitar si se hubiere llevado a cabo eficientemente el procedimiento de corroboración de datos. Asimismo, una vez efectuada la denuncia ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, la aerolínea comercial cesó con su conducta discriminatoria (5).

En definitiva, la norma consagrada en el inc. 1º del art. 26 de Anteproyecto constituye una herramienta eficaz para abarcar prácticas discriminatorias de diversa índole que ya exis-

ten en la realidad y otras que puedan gestarse en el futuro.

## ***II.2. Las conductas que estereotipen o estimulen patrones socioculturales sustentados sobre la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres como práctica abusiva***

El inc. 2º del art. 26 del Anteproyecto establece que se considera abusiva la práctica de desplegar conductas que de modo directo o indirecto estereotipen, promuevan o estimulen patrones socioculturales sustentados sobre la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres.

En general este tipo de conductas descriptas en el inc. 2 del art. 26 del Anteproyecto se configuran de un modo solapado ya que promover patrones socioculturales sustentados en la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres puede resultar perjudicial para la imagen del proveedor que las realiza. Sin embargo, las mismas no resultan infrecuentes y pueden visualizarse a través del fenómeno del *pink tax* que se analizó en el inciso precedente y en las denominadas publicidades sexistas como se analizará *infra*.

En el derecho comparado esta norma tiene como antecedente la Directiva CE 2004/113. Así puede vincularse la mención del inc. 2º del art. 26 del Anteproyecto que refiere a “las conductas que de un modo directo o indirecto estimulen patrones socioculturales de desigualdad” con lo que la directiva define como discriminación directa e indirecta por razones de sexo. Así, la mencionada directiva entiende como “discriminación directa” a la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable, por razón de sexo y, “discriminación indirecta”, como la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

En el ámbito nacional tenemos la ley 26.485 de protección integral de las mujeres que se

---

2015. Esta investigación busco analizar la fijación de precios, según el género. Para este análisis se tuvieron en cuenta diferentes industrias. Las estudiadas fueron: juguetes y accesorios, ropa para niños, ropa de adultos, productos de cuidado personal y productos de cuidado de salud en el hogar para personas mayores. En éste se compararon aproximadamente 800 productos con versiones femeninas y masculinas, en más de 90 marcas. En promedio, en los cinco sectores, el DCA encontró que los productos dirigidos a las mujeres cuestan un 7% más que los productos similares para los hombres (The New York City Department of Consumer Affairs [DCA], “From Cradle to Cane: The Cost of Being a Female Consumer. A Study of Gender Pricing in New York City”).

(5) CNFed. Civ. y Com., sala II, “Mustafa Alí José c. Aerolíneas Argentinas SA s/daños y perjuicios”, 1/4/2015, cita online MJ-JU-M-92129-AR; MJJ92129.

encuentra en clave constitucional al garantizar y reglamentar los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer.

Las conductas descritas en el inc. 2º del art. 26 que configuran una práctica abusiva pueden encuadrarse en lo que la ley 26.485 denomina violencia simbólica. En tal sentido, se entiende tal la que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmite y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad (art. 5º, inc. 5º).

En la violencia simbólica al utilizarse íconos o signos su manifestación se produce en forma indirecta, solapada o encubierta. Y justamente, esto es lo que ocurre muy frecuentemente con las publicidades sexistas. Por ejemplo, es muy común escuchar en publicidades una voz masculina en *off* la cual representa el conocimiento. En tal sentido, la voz masculina en *off* encierra discriminación en un doble sentido: por un lado, señala la subrepresentación de las mujeres como locutoras de voz en *off* pero, además, por el otro, habla de cómo la publicidad refuerza el imaginario del hombre como “portador del saber” o “dador de la palabra calificada” no sólo a través del mensaje (qué se dice) sino también de la elección de su emisor (quién dice qué) (6).

Asimismo, la ley 26.485 regula la violencia mediática (7) como una modalidad de violen-

cia y, a raíz que generalmente la publicidad se vehiculiza a través de los medios masivos de comunicación, la publicidad sexista no solo constituirá una práctica abusiva sino que puede constituir un supuesto de violencia mediática contra la mujer.

Si observamos con atención y críticamente los mensajes publicitarios en donde sus protagonistas son mujeres, caeremos en la cuenta que en la mayoría de ellos existe una imagen de la mujer, ejerciendo las funciones de ama de casa como la única encargada de las tareas domésticas o, como aquella que tiene como único objetivo el cuidado de su belleza, o bien, realzando su cuerpo como objeto sexual. Por el contrario, existe escasez de publicidades que muestren a la mujer en un ámbito laboral o participando en alguna actividad intelectual o política, y cuando lo hacen, lo que se realza como importante es el aspecto o la imagen de la mujer, su belleza y su seducción. Esta tendencia publicitaria demuestra claramente cuál es la concepción que tiene de la mujer la sociedad actual, como así también, cuan arraigada se encuentra la falsa idea de que se trata de un ser inferior con roles limitados. Lo más grave es que con las publicidades que se emiten se pretende mantener y lucrar con ese criterio (8). El proveedor que para publicitar sus productos o servicios realice este tipo de publicidades encuadra su conducta en aquella tipificada por el inc. 2º del art. 26.

Como se afirmó *ut supra*, generalmente la discriminación en razón del sexo se encuentra solapada u oculta en el mensaje publicitario cualquiera sea el medio que se utilice. Sin embargo, a pesar de esta forma discreta de presentar a la mujer en la publicidad, se produce en el imaginario social el efecto que se pretende. Es decir, crear o reforzar ideas y valores machistas. En este sentido, en las publicidades relacionadas con el cuidado personal y la belleza femenina, la mujer es presentada como sujeto y objeto del consumo, siempre atenta a la valoración masculina y la mirada de los otros. Sin perjuicio de ello, en ocasiones la discriminación o afectación a la dignidad femenina se presenta de un modo directo. Dentro de estos supuestos de discriminación manifiesta del género femenino

(6) ARIAS, María Paula, “Violencia simbólica” en *La protección integral de las mujeres contra la violencia de género*, Dir. Lilitiana A. B. Urrutia, Coord. Mariana Prunotto y Marcelo Trucco, Ed. Juris, Rosario, 2015, p. 378.

(7) Aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes injurie, difame, discrimine, deshonne, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres (art. 6º inc. f) ley 26.485).

(8) ARIAS, María Paula, “Violencia mediática”, cit., ps. 630 y ss.

podemos recordar la propaganda del desodorante “Axe” (9). El contenido de esta publicidad propone la violencia física como una modalidad de trato entre varones y mujeres, posiciona a las mujeres únicamente como objetos de conquista para el varón y estigmatiza a los mismos como seres que solo se relacionan con las mujeres con fines sexuales, haciendo uso de la violencia como estrategia de galanteo (10).

En definitiva, tanto las normas de raigambre constitucional como la directiva citada como la ley 26.485 se encuentran en sintonía con lo preceptuado por el inc. 2º del art. 26 del Anteproyecto. En consecuencia, le otorgan despliegues variados a su aplicación. A título de ejemplo, una conducta del proveedor de esas características va a resultar antijurídica no solo por contrariar la norma que se comenta sino también las otras disposiciones que le sirven de fundamento.

### ***II.3. La estrategia de comercialización o contratación que signifique un menoscabo a la intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad del consumidor***

El inc. 3º del art. 26 del Anteproyecto dispone que configura práctica abusiva “llevar adelante cualquier estrategia de comercialización o contratación que pueda significar un menoscabo a la intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad del consumidor”. Esta norma debe ser interpretada en diálogo con el art. 52 del Cód. Civ. y Com. (11) que consagra la tutela de los derechos personalísimos a la integridad espiritual a través de la prevención y reparación de los daños sufridos. Al respecto, resulta relevante reforzar la tutela preventiva del daño en relación con la afectación de derechos personalísimos, ámbito en el cual la tutela re-

sarcitoria en especie es impensable y la indemnizatoria jamás logra restañar el perjuicio (12).

La norma al eludir al derecho a la intimidad distingue su faz personal —como arbitraria intromisión en la esfera privada de cada individuo— de la familiar —que fue analizada en el *leading case* “Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida” (13) — y, al mencionar el derecho al honor lo perfila como “la honra o reputación”, involucrando también sus dos facetas posibles: la noción personal que se tenga de las propias valías y la consideración social que exista sobre uno mismo (14).

Estos derechos personalísimos a la integridad espiritual suelen ser frecuentemente vulnerados a través de estrategias de comercialización o contratación que despliegan los proveedores de bienes y servicios.

Se trata de ciertas modalidades de comercialización de productos o servicios que, por la metodología implementada, irrumpen y sorprenden al consumidor, frecuentemente, lo colocan en una situación de presión psicológica —consciente o inconsciente— y lo inducen a concretar el acto de consumo. En este sentido, con dichas modalidades, basadas en el marketing directo, el proveedor trata de llegar al consumidor de manera agresiva, penetrando en su domicilio, en su lugar de trabajo, en su correspondencia violentando la intimidad y privacidad y su dignidad personal. Entre las estrategias utilizadas pueden mencionarse el *spam*, las *cookies*, el marketing telefónico, el marketing puerta a puerta, el marketing en el lugar de trabajo del consumidor, etcétera.

El hecho de recibir correos no deseados —*spam*— implica pérdida de tiempo y de dinero ya que el consumidor debe conectarse a internet, bajar gran cantidad de mensajes, leerlos y luego desecharlos, con el riesgo cierto de recibir virus, como así también, que se pro-

(9) La imagen del juego propuesto por Axe puede verse en <http://www.publico.es/internacional/218397/una-nueva-campana-de-axe-propone-dar-garrazos-a-mujeres> (14/3/2014).

(10) ARIAS, María Paula, “Violencia mediática”, cit., ps. 631 y ss.

(11) La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, título V, capítulo 1.

(12) SAUX, Edgardo Ignacio, *Código Civil y Comercial comentado*, t. I, Dir. Ricardo L. Lorenzetti, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 282.

(13) CSJN, 11/12/1984, Fallos 306:1892.

(14) RIVERA, Julio César, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 109.

duzca la saturación de su casilla. También se ha comprobado que el proceso de fragmentación que tiene lugar durante el almacenamiento y la eliminación de archivos se traduce en una notable disminución de la velocidad de almacenamiento y obtención de información. Los correos electrónicos son archivos de pequeño tamaño y, consecuentemente, su excesiva grabación y borrado produce una mayor fragmentación del disco rígido de la computadora. La Comisión de la Unión Europea, en una comunicación del 22/1/2004, señala que el *spamming* constituye un problema que afecta varias esferas: “intimidación, fraude a los consumidores, protección de los menores y de la dignidad humana, costes suplementarios para las empresas, pérdida de productividad. En general, el fenómeno socava la confianza de los consumidores, algo indispensable para el éxito del comercio electrónico, de los servicios en línea e incluso, de la sociedad de la información”.

Por su parte, las denominadas *cookies* constituyen la utilización de programas por los cuales se registran los pasos que da el navegante en la red, lo cual otorga la posibilidad de obtener datos precisos sobre sus costumbres y deseos, y que tienen un valor relevante para el marketing. Por supuesto, esta recolección de datos personales se da sin conocimiento, y mucho menos consentimiento, del consumidor. Estas prácticas también constituyen una flagrante violación a la privacidad del consumidor o usuario que pueden quedar incluidas en el inc. 3º del art. 26.

Para palear el marketing telefónico se creó el Registro Nacional “No llame” a través de la ley 26.951. Esta ley fue reglamentada por el dec. 2501/2014 (118) y, posteriormente, por las disposiciones 3/2015 y 44/2015 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales. Como su nombre lo indica, busca fundamentalmente que los consumidores no sean “bombardeados” con llamadas telefónicas de excesiva frecuencia o a horarios no deseados ofreciéndoles productos o servicios que no han sido previamente solicitados<sup>(15)</sup> y constituye una

medida preventiva en tutela al derecho personalísimo a la intimidad.

Un modo de tutelar al consumidor del marketing puerta a puerta o en el lugar del trabajo o a través de internet está dado por la protección especial dispensada para los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y los contratos a distancia (art. 1104 y ss., Cód. Civ. y Com.) con el consiguiente reconocimiento del derecho de arrepentimiento al consumidor.

Por último, debe recordarse que el art. 53 del Cód. Civ. y Com. protege de manera particular el derecho a la imagen al disponer que para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, salvo cuando la persona participe en actos públicos; cuando exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; y, por último, cuando se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. Respecto de las personas fallecidas, la regla es que pueden prestar el consentimiento sus herederos, aunque, pasados 20 años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

En el ámbito consumeril puede tener especial importancia la protección al derecho a la imagen desde el punto de vista publicitario en donde se suelen utilizar imágenes sin el debido consentimiento del consumidor y, en esa línea, el art. 1102 del Cód. Civ. y Com. otorga la acción de cese de la publicidad ilícita como una manifestación de la función preventiva del sistema de responsabilidad civil.

#### ***II.4. Prácticas que impliquen prevalerse de necesidades estructurales o coyunturales, de la ignorancia, la ligereza o la inexperiencia del consumidor***

En el inc. 4º del art. 26 del Anteproyecto se considera abusiva a aquella práctica consistente en “Prevalerse de las necesidades estructurales o coyunturales, la ignorancia, la ligereza o la inexperiencia del consumidor para concretar una contratación o hacerlo en condiciones menos favorables a sus intereses”. En el ámbito de la legislación comparada nos hallamos con algunos antecedentes de esta práctica, que han

(15) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Prácticas comerciales abusivas: una mirada casuística”, LL 2016-A-580.

inspirado su incorporación en el Anteproyecto. Entre ellos: a) el Código de Defensa del Consumidor de Brasil que en su art. 39, inc. IV, en ocasión de la tipificación de las prácticas abusivas, prohíbe al proveedor prevalerse de la flaqueza o ignorancia del consumidor, teniendo en cuenta su edad, salud, condicionamientos sociales, para imponerle sus productos o servicios; b) la ley 453 de Bolivia que juzga abusivas a las prácticas que impliquen aprovecharse de la urgencia o la necesidad económica de las personas (art. 23 inc. b)).

La fórmula adoptada por el Anteproyecto se inspira en la figura de la lesión pero con rasgos de mayor flexibilidad. Ello apunta a dar una respuesta adecuada a situaciones que se presentan reiteradamente en el ámbito del consumo, sin que lleguen a configurarse los rigurosos extremos que exige la lesión (art. 332 Cód. Civ. y Com.).

Así, la práctica tipificada implica el aprovechamiento por parte del proveedor de las particulares circunstancias en las que se halla el consumidor, ya sea de sus necesidades estructurales o coyunturales, su ignorancia, ligereza e inexperiencia, a fin de impulsarlo a contratar o a aceptar condiciones poco favorables a sus intereses. Como puede apreciarse, la práctica prohibida por la norma proyectada incorpora algunos extremos del elemento subjetivo del instituto de la lesión, flexibilizando el elemento objetivo.

En lo que respecta a la faz subjetiva mencionada, las situaciones del consumidor de las cuales el proveedor se aprovecha son las siguientes: a) la necesidad estructural o coyuntural, es decir el obrar de la persona que actúa coaccionada por las circunstancias que lo circundan, sean de orden económico, social o bien de otro orden, v.gr. una particular situación política que atraviesa; b) ignorancia o falta de conocimiento, c) la "ligereza", vinculada a un estado de cierta debilidad mental d) la inexperiencia, es decir, la falta de conocimientos derivados del uso y la práctica que impiden apreciar con exactitud las características y las circunstancias más relevantes del acto que se realiza (16). En relación

(16) Respecto de la configuración de los elementos subjetivos de la lesión se ha consultado el interesante trabajo de: NICOLAU, Noemí L., "La lesión y la prohibición del abuso del derecho en la contratación", *Revista*

con la faz objetiva de la práctica, la conducta desplegada por el proveedor debe estar dirigida a lograr la celebración del contrato o bien a que el consumidor acepte condiciones contractuales que resultan poco favorables a sus intereses.

Un claro ejemplo de la utilidad que puede presentar el reconocimiento de esta práctica lo hallamos en el precedente "Di Palma, Mario D. c. Atlántica de Juegos SA s/nulidad de acto jurídico" (17). En la causa el cliente de un bingo ganó en una máquina tragamonedas un premio al cual finalmente no tuvo acceso, en virtud de lo cual el tribunal consideró: "En estas condiciones, sin asesoramiento letrado y en evidente inferioridad de condiciones, y ante el riesgo de perderlo todo, es entendible que haya aceptado el ofrecimiento y firmara el recibo. La situación de superioridad de los representantes de Bingo Chivilcoy (redactores del documento, que tiene membrete de la firma) es manifiesta, ya que gozan de experiencia y preparación en estas cuestiones, no así el cliente-consumidor. Hubo, evidentemente, un aprovechamiento de la ligereza e inexperiencia del actor". Tal como se señalara con acierto, el tribunal interviniente realiza un enorme esfuerzo para encuadrar el caso en el marco de la lesión y, consecuentemente, declarar la nulidad del acto (18).

En lo relativo al aprovechamiento de la inexperiencia, la práctica tipificada se vincula también a la especial tutela que merecen los niños, niñas y adolescentes en el marco de la relación de consumo. Ello se complementa con la Ley 26.522 de Servicios de comunicación audiovisual en la que se establece: "La publicidad destinada a niñas y niños no debe incitar a la compra de productos explotando su inexperiencia y credulidad" (art. 81 inc. h))(19). Asimismo,

*de Derecho Privado y Comunitario*, 2016-3 Contratos - Parte general, RC D 1619/2017, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, ps. 201 y ss.

(17) CCiv. y Com. de Mercedes, sala I, "Di Palma, Mario D. c. Atlántica de Juegos SA s/nulidad de acto jurídico", 8/9/2016, LL Online, AR/JUR/60039/2016.

(18) NICOLAU, Noemí L., "La lesión y la prohibición del abuso del derecho en la contratación", cit., ps. 201 y ss.

(19) En el ámbito de la legislación comparada cabe citar algunos antecedentes vinculados a esta cuestión. En el ya mencionado Código de Defensa del Consumidor de Brasil, el art. 39 inc. IV refiere expresamente

en interpretación conjunta con el principio de protección especial de las situaciones de hipervulnerabilidad, también podrían considerarse abusivas aquellas prácticas de los proveedores que impliquen un aprovechamiento de las condiciones de colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada de acuerdo a las circunstancias, entre los cuales se encuentran no sólo los niños, niñas y adolescentes, sino también las personas mayores, enfermas o con discapacidad (art. 5° inc. 6° del Anteproyecto).

Por otra parte, la práctica tipificada en el inc. 4° del art. 26 encuentra también vinculación con los desafíos que plantea el multiculturalismo, cuyos despliegues se manifiestan con mayor intensidad en el ámbito latinoamericano en relación a los derechos de los pueblos originarios (20). Los contornos flexibles del inc. 4°, permiten tener en cuenta los diversos matices que plantea la biodiversidad cultural, evitando que en materia de consumo el proveedor se aproveche de un entorno cultural diverso que no le permita al consumidor apreciar la desventaja de la contratación propuesta. En esta dirección, el art. 327 del Proyecto de 1998 contemplaba como parte del elemento subjetivo, el aprovechamiento de la condición cultural del lesionado que “condujo a la incompreensión del alcance de las obligaciones contraídas” (21). La interpretación realizada se encuentra en línea con los fundamentos del Código Civil y Comercial, que entre sus aspectos valorativos tiene en cuenta al multiculturalismo, vinculado a la finalidad de dar reconocimiento a opciones de vida propias de una sociedad pluralista.

---

al aprovechamiento de la debilidad o ignorancia del consumidor teniendo en cuenta su edad. Por su parte, el Código italiano considera como práctica agresiva a los mensajes publicitarios que contengan una exhortación directa a los niños a fin de que adquieran o convenzan a sus padres u otros adultos a adquirirlos los productos publicitados (art. 26 inc. e)).

(20) Al respecto ver el interesante aporte de: HERNÁNDEZ, Carlos A., “Ambiente, biodiversidad y contrato (reflexiones sobre el régimen jurídico argentino)”, *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 47, La Ley, p. 125.

(21) Al respecto ver: ALTERINI, Atilio A., *Contratos Civiles. Comerciales. De consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, 2ª ed. actual., Buenos Aires, 2012, ps. 342 y ss.

### ***II.5. Prácticas que implican estimular la adquisición de bienes o servicios que en contexto o circunstancias determinadas atentan contra la salud y seguridad del consumidor***

El inc. 5 del art. 26 del Anteproyecto contempla como abusiva a toda práctica que tienda a “Estimular la adquisición de bienes o la prestación de servicios que, en un contexto o circunstancias determinadas, expongan o potencien riesgos a la salud o la seguridad del consumidor o usuario”.

La práctica descrita involucra la protección de derechos fundamentales del consumidor como la salud y la seguridad, cuyo reconocimiento posee fuerte anclaje constitucional (art. 42 Constitución Nacional). El supuesto de hecho presenta cierta similitud con el art. 21 inc. 3° del Código de Consumo italiano, en el que se considera como práctica engañosa a aquella que al referirse a productos susceptibles de poner en peligro la salud y la seguridad de los consumidores, omite informar en modo tal de inducir a los consumidores a descuidar las reglas normales de prudencia y vigilancia. Aquí, el carácter abusivo de la práctica se halla en la omisión de la información a fin de inducir a los consumidores a descuidar aspectos vinculados a su salud o seguridad (22).

A diferencia de estos antecedentes, el inc. 5° del art. 26 del Anteproyecto considera abusivas a aquellas prácticas del proveedor en las que se estimule la adquisición del producto o servicio en circunstancias tales en las que se exponga al consumidor a riesgos vinculados a su salud o seguridad, o se potencien dichos riesgos. La idea de estimulación comprende toda práctica del proveedor tendiente a impulsar o influenciar al consumidor en modo tal que se vea expuesto a padecer daños en su salud o se ponga en riesgo su propia seguridad.

Por ende, la publicidad como práctica comercial queda alcanzada por este inciso del Ante-

---

(22) En sentido similar, la ley 1480/2011 de Colombia regula en su art. 31 la publicidad de productos nocivos, exige en el caso de publicidad de productos nocivos que se advierta claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto.

proyecto. Ello concuerda con lo previsto por el Cód. Civ. y Com., cuyo art. 1101 inc. c) prohíbe la realización de toda publicidad que induzca al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad (23). Se insertan en este marco algunas leyes que prohíben o limitan la publicidad de determinados productos, tratamientos o servicios considerados nocivos para la salud, entre ellas: a) la ley 24.788 de lucha contra el alcoholismo (24), b) la ley 26.396 de prevención y control de los trastornos alimentarios (25), c) la ley 26.687 de regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco (26), entre otras.

(23) Se sigue la línea del Código brasileño de Defensa del Consumidor, en cuyo art. 37 § 2 considera abusiva la publicidad que pueda inducir al consumidor a comportarse de manera perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

(24) La ley 24.788 de lucha contra el alcoholismo prohíbe toda aquella publicidad o incentivo al consumo de bebidas alcohólicas que: a) Sea dirigida a menores de dieciocho (18) años; b) Utilicen en ella a menores de dieciocho (18) años bebiendo; c) Sugiera que el consumo de bebidas alcohólicas mejora el rendimiento físico o intelectual de las personas; d) Utilice el consumo de bebidas alcohólicas como estimulante de la sexualidad y/o de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones; e) No incluya en letra y lugar visible las leyendas “Beber con moderación”. “Prohibida su venta a menores de 18 años”.

(25) La ley 26.396 de prevención y control de los trastornos alimentarios establece que: a) la publicidad y/o promoción, a través de cualquier medio de difusión, de alimentos con elevado contenido calórico y pobres en nutrientes esenciales, deberá contener la leyenda “El consumo excesivo es perjudicial para la salud” (art. 11) y b) queda prohibida la publicación o difusión en medios de comunicación de dietas o métodos para adelgazar que no conlleven el aval de un médico y/o licenciado en nutrición (art. 12), c) los anuncios publicitarios en medios masivos de comunicación de productos para bajar de peso, deberán dirigirse, exclusivamente a mayores de veintiún (21) años de edad, debiendo ser protagonizados también por personas mayores de edad (art. 14).

(26) Ley 26.687 de regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco prohíbe la publicidad, promoción y patrocinio de los productos elaborados con tabaco, en forma directa o indirecta, a través de cualquier medio de difusión o comunicación (art. 5º). Excepcionalmente, se permite en algunos supuestos la publicidad (art. 6º), caso en el cual la misma deberá incluir una leyenda que advierta sobre los riesgos a la salud que pueden derivarse del consumo de tabaco (art. 7º).

No obstante, el Anteproyecto da un paso hacia adelante, comprendiendo en la formulación de este inciso a cualquier tipo de práctica realizada por el proveedor, incluyendo —pero no limitando— a la publicidad. De esta forma, quedarían comprendidas, por ejemplo, prácticas tales como la organización de concursos en los que se premia a quién pueda ingerir más cantidad de comidas, bebidas, o consumo de cualquier otro producto que, de acuerdo a las circunstancias, resulte nocivo para la salud. Al respecto, el art. 7º de la ley 24.788 de lucha contra el alcoholismo, prohíbe “...en todo el territorio nacional la realización de concursos, torneos o eventos de cualquier naturaleza, sea con o sin fines de lucro, que requieran la ingesta de bebidas alcohólicas desnaturalizando los principios de la degustación, de la catación o cualquier otra manera destinada a evaluar la calidad de los productos”.

Asimismo, la práctica reconocida en este inciso se coloca en diálogo con el art. 46 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que dispone “La Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo (...). Debe dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación”. En modo similar, la Constitución de la Provincia de Salta al referir a la protección de los consumidores en su art. 31, establece que la legislación debe regular la publicidad para evitar inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación y establece sanciones contra los mensajes que distorsionen la voluntad de compra del consumidor mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas”.

Por otra parte, en interpretación conjunta con el inc. 4º del art. 26 del Anteproyecto cabe considerar incluidas también aquellas prácticas que impliquen un aprovechamiento de la situación de niños, niñas y adolescentes, quienes por credulidad o falta de experiencia o madurez son destinatarios de anuncios que pueden resultar perjudiciales para su salud, integridad o bienestar. Como ejemplo de esta práctica puede citarse la denominada “cajita feliz” u otras análogas que adicionan a la venta de comida chatarra un juguete que se utiliza para captar la atención

del niño y su deseo de adquirirla(27). Aquí, el proveedor estimula al consumo de alimentos poco saludables mediante el acompañamiento del juguete junto con la comida, cuestión que también se entiende como práctica limitativa de la libertad del consumidor. Asimismo, resultan también pasibles de ser incluidas en el marco de este inciso aquellas prácticas de los proveedores consistentes en entregar productos alimenticios en forma gratuita en los ingresos de las escuelas. Ello es así en tanto, por medio de estas prácticas, se estimula a los niños a consumir productos que de acuerdo con sus circunstancias particulares impliquen mayor o menor grado de riesgo para la salud de los mismos; piénsese, p. ej., en niños que posean algún tipo de alergia o en la entrega de productos con contenido de gluten a niños que padezcan celiaquía.

Por otra parte, la práctica del inc. 5° del art. 26 podría encontrar aplicación en ámbitos vinculados al turismo aventura y los deportes extremos, como paracaidismo, aladeltismo, parapentismo, rafting, entre otros. La abusividad de la práctica se derivará del contexto o las circunstancias en las que el proveedor estimule a la contratación de este tipo de actividades, por ejemplo, no brindando información acerca de los riesgos que se corren al realizarlas, brindando una escasa o insuficiente capacitación a una persona que es principiante en la materia, etc. En un reciente precedente jurisprudencial vinculado a la responsabilidad por el fallecimiento de una persona en un bautismo de paracaidismo, puede apreciarse cómo los riesgos ínsitos en estas actividades se potencian cuando se las promueve en condiciones poco adecuadas. Acertadamente, la sentencia califica la prestación de este servicio como relación de consumo, y pone en evidencia el modo en que —en ocasiones— se lleva adelante la actividad, destacando —entre otras

cuestiones— la escasa instrucción recibida por el contratante fallecido(28).

En conclusión, resulta muy plausible la incorporación de esta práctica en virtud de su directa conexión con la protección de derechos fundamentales del consumidor, tales como la salud y la seguridad. Aquí, cumplirán un rol central las herramientas que brinda la tutela preventiva en orden a evitar la producción del daño o su agravamiento. Por último y en virtud de las consideraciones vertidas, la norma proyectada se encuentra en perfecta sintonía con la tutela de la dignidad y los derechos personalísimos que propone el Cód. Civ. y Com. en perspectiva constitucional y convencional. Especialmente, la práctica tipificada comparte el mismo espíritu que el art. 54 vinculado a la inexistencia de las prestaciones que tengan por objeto la realización de actos peligrosos para la salud o la integridad.

#### ***II.6. Prácticas que obstaculizan las condiciones de ejercicio de los derechos del consumidor o usuario***

El inc. 6° del art. 26 del Anteproyecto considera abusiva a aquella práctica en la que el proveedor logra “Condicionar, dificultar o agravar las condiciones de ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor o usuario”. En base a este inciso, podrán considerarse abusivas aquellas prácticas desplegadas por el proveedor cuya finalidad sea la de obstaculizar de algún modo el ejercicio de los derechos del consumidor. La amplitud de los términos de la norma permite afirmar que: a) comprende prácticas que se manifiesten antes, durante o después del contrato de consumo o bien en el marco de una relación de consumo que no se derive de un contrato, y b) puede aplicarse a todo tipo de derechos del consumidor, no sólo aquellos que involucren la protección de sus intereses económicos.

(27) ARIAS, María Paula, “Lineamientos hermenéuticos sobre prácticas y cláusulas abusivas, con especial referencia a los sujetos hipervulnerables”, SJA 6/12/2017, p. 26, JA 2017-IV-1312. Frente a estas prácticas, a fin de fomentar hábitos saludables de alimentación y prevenir la obesidad infantil, se sancionó en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la ley 4432 (10/12/2012) establece en el art. 4° que “los menús alimenticios que inciten a la compra mediante objetos de incentivo para consumo en todos los establecimientos expendedores de alimentos y bebidas, deben incluir fruta o verdura”.

(28) CCiv. y Com. de Mar del Plata, sala III, “Z., O. M. y otra c. T., M. R. y otros s/daños y perj.”, 1/2/2017, LL Online: AR/JUR/33/2017. Resulta interesante destacar el análisis vertido por los magistrados en relación con la responsabilidad de la empresa que prestaba el servicio y también del Aero Club en el cual se desarrollaba la actividad, en consideración de la apariencia creada y la consiguiente generación de la confianza en el consumidor.



La práctica regulada en este inciso reconoce antecedentes en el derecho comparado. Entre ellos, la Directiva 2005/29/CE (29), el Código de Consumo italiano (30), el Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú (31), la Ley

(29) La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales considera “agresiva” toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado. En este contexto, se dispone que a fin de determinar la existencia de una práctica agresiva deberá tenerse en cuenta cualquier obstáculo no contractual oneroso o desproporcionado impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante (art. 9º inc. d)).

(30) El Código de Consumo italiano sigue la regulación de la Directiva 2005/29/CE en relación con las prácticas agresivas que impongan obstáculos no contractuales (art. 24 y 25 inc. d)). Por su parte en el art. 26 inc. d), son consideradas agresivas aquellas prácticas que: a) impliquen imponer al consumidor —que pretenda presentar una solicitud de reparación del daño en virtud de una póliza de seguro— la exhibición de documentos que no puedan ser razonablemente pertinentes para establecer la procedencia del reclamo, b) omitir sistemáticamente dar respuesta a la correspondencia del consumidor a fines de disuadirlo del ejercicio de sus derechos contractuales. Acerca de las prácticas en el derecho italiano puede verse: SACCOMANI, Alessandro, “La definizione di pratiche commerciali scorrette tra ‘professionisti’ e ‘consumatori’”, en *I contratti del Consumatore, Istituti di Diritto Civile*, dirigido por Guido Alpa, Giuffrè Editore, Milano, 2014, ps. 125 y ss.

(31) El Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú contiene algunas prácticas que implican obstaculizar de algún modo el ejercicio de los derechos del consumidor. Entre ellas: a) prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos (art. 47 inc. b)); b) considera método coercitivo prohibido a aquellas limitaciones injustificadas o no razonables al derecho del consumidor a extinguir el contrato o a emplear los mismos mecanismos de forma, lugar y medios utilizados en la celebración de los contratos para desvincularse (art. 56 inc. e)). Asimismo, en relación con los servicios públicos regulados, este código sienta una serie de principios rectores de la tramitación de los reclamos formulados por los consumidores, entre ellos: principio de celeridad, de concentración procesal, de simplicidad (vinculado a la necesidad de exigencia de formalidades mínimas), de gratuidad, de eliminación

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España (32). Los supuestos que se regulan como prácticas abusivas o se prohíben a los proveedores bajo otra calificación jurídica, se limitan a derechos del consumidor derivados de una relación contractual y vinculados con la protección de sus intereses económicos. Dichos supuestos, resultan subsumibles en la norma proyectada, cuyo alcance es más extenso.

Así, podrían quedar comprendidas en este inciso todas aquellas prácticas que desatiendan o ignoren los reclamos del consumidor, que impliquen la imposición de barreras burocráticas para la formulación y avance de los mismos, que dificulten o impidan la extinción de la relación (33). Un reciente pronunciamiento recaído en la causa “O., M. del R. c. AMX Argentina (Claro) SA s/daños y perjuicios” resulta sumamente gráfico para visualización de las mecánicas desplegadas por algunos proveedores a fin de dificultar u obstaculizar la realización de los reclamos. En el caso se consideró que las condiciones impuestas por una empresa de telefonía celular para dar de baja el servicio tipifican una práctica abusiva que conculcó la obligación de garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo; limitando incausadamente la libertad de contratación del cliente. En su encomiable voto el Dr. Galdós señaló que la conducta reprochable y antijurídica de la empresa radica en dos aspectos: en el procedimiento o trámite para dar de baja al servicio, y en la conducta negocial desplegada, primero, ante los

de exigencias costosas (atinente a la imposibilidad de exigir la presentación de documentos que contengan información que la propia entidad que los solicita posea o deba poseer por haber sido generada en cumplimiento de sus funciones) (art. 64.1).

(32) En línea con la Directiva 2005/29/CE, el Código español considera como infracción al régimen de defensa del consumidor a las limitaciones o exigencias injustificadas al derecho del consumidor de poner fin a los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la obstaculización al ejercicio de tal derecho del consumidor a través del procedimiento pactado, la falta de previsión de este o la falta de comunicación al usuario del procedimiento para darse de baja en el servicio.

(33) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Prácticas comerciales abusivas”, *Tratado de Derecho del Consumidor*, dirigido por Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 593 y ss.

reclamos de la actora, luego en sede administrativa y finalmente en el proceso para atender y resolver los requerimientos del consumidor y aceptar la rescisión del servicio pedida por la actora. Asimismo, consideró que el proveedor "...incurrió en una ilicitud en contra del deber de información al no comunicar anticipadamente al usuario cuál era el trámite de cancelación del servicio; requirió que el consumidor comunique por carta postal indicando el número y las razones de baja de la línea; no dio curso al trámite porque no estaba cancelado un saldo remanente por cancelación del precio más bajo cobrado o bonificado solo si permanecía durante 24 meses; interpelló a la actora de modo impropio, dos veces, intimando la regularización del pago, por medio de dos estudios jurídicos distintos, omitiéndose indicar el monto..."; razones por las cuales se impone una fuerte multa en concepto de daños punitivos (34).

En sentido similar, en "Cencosud SA c. Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor" se sostuvo que la falta de información al consumidor en forma cierta, clara y detallada, de la totalidad de los requisitos necesarios a efectos de procesar la baja de la tarjeta de crédito, que lo llevó a instrumentar tres modalidades distintas para lograr la baja, y la conducta de seguir facturando posteriormente el servicio, constituyen una clara infracción a los arts. 4º y 19 de la Ley de Defensa del Consumidor. Aquí, la deficiente información al consumidor obstaculiza o dificulta la extinción de la relación (35).

También resultarían comprendidas en la amplia formulación del inc. 6 aquellos comportamientos del proveedor dirigidos a obstaculizar o negar el

(34) CCiv. y Com. Azul, sala II, 28/8/2018, "O., M. del R. c. AMX Argentina (Claro) SA s/daños y perjuicios", RCyS 2018-X-146, LL Online: AR/JUR/46959/2018. Considerando que el proveedor incurrió en un grave menosprecio de los derechos de la actora, la Cámara de Azul condena al pago de \$1.200.000 en concepto de daños punitivos, elevando el monto concedido en este concepto en primera instancia.

(35) CContenciosoadministrativoyTrib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 26/4/2018, "Cencosud SA c. Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor", LL 14/8/2018, p. 10, AR/JUR/15754/2018.

acceso a las prestaciones contratadas cuando el consumidor ya es cliente de una determinada empresa, entre ellas por ejemplo, aquellas prácticas en el marco del contrato de medicina prepaga que nieguen prestaciones médicas incluidas en el programa médico obligatorio o en el plan particular contratado por el consumidor (36).

Asimismo, quedarían comprendidas otras prácticas comerciales dirigidas a dificultar el acceso a la reparación de la cosa, tales como la ausencia de servicio técnico en el ámbito territorial en el que el producto se comercializa. La lejanía geográfica del consumidor de los puntos de servicio técnico dispuestos por el proveedor también puede dificultar o condicionar el acceso a la reparación en tanto el envío de la cosa resulta oneroso, e incluso puede llegar a anular la posibilidad de reparar el producto y continuar con su uso.

En relación con los consumidores hipervulnerables, la necesaria acentuación del principio protectorio exige tener en cuenta las circunstancias especiales en las que estos consumidores se encuentran, cuya presencia puede dificultar, condicionar o agravar la posibilidad de ejercer sus derechos. En este sentido cabe citar el paradigmático caso "Machinandiarena Hernández Nicolás c. Telefónica de Argentina S.A." en el que se consideró la especial circunstancia del actor, quien al hallarse en silla de ruedas se vio impedido de acceder al local comercial del proveedor en ausencia de las debidas rampas, debiendo ser atendido en la vía pública. La práctica se encuadró correctamente en el art. 8º bis de la ley 24.240 ordenándose indemnizar el daño moral e imponiéndose daños punitivos (37).

### ***II.7. La ejecución de una conducta lesiva para el consumidor en respuesta al ejercicio de sus derechos***

El inc. 7º del art. 26 del Anteproyecto considera abusiva aquella práctica consistente en

(36) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "Prácticas comerciales abusivas", cit., ps. 593 y ss.

(37) C1ª Civ. y Com. de Mar del Plata, sala II, "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina", 27/5/2009, LL Online: AR/JUR/14126/2009; confirmado luego por la SC Buenos Aires, 6/11/2012, LL Online: AP/JUR/3381/2012.

“Ejecutar cualquier conducta lesiva para el consumidor como respuesta al ejercicio de sus derechos. En particular, difundir información despectiva, referida a actos practicados en defensa de aquellos”.

La fuente de esta práctica se halla en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, cuyo art. 39 inc. VII considera abusiva aquella conducta del que conlleve transmitir información despreciativa referente a un acto practicado por el consumidor en el ejercicio de sus derechos. La doctrina brasilera ha vinculado la práctica a la conformación de las llamadas “listas negras” de consumidores que reclaman y exigen sus derechos o bien de aquellas personas que se encuentran involucradas a asociaciones de protección de los consumidores (38).

El inciso del Anteproyecto pretende ampliar los contornos de esta práctica, en tanto comprende no sólo la transmisión de información sino también cualquier tipo de conducta que resulte lesiva para el consumidor en respuesta al ejercicio de sus derechos, v.gr., retrasar o postergar el avance de un trámite requerido por el consumidor en respuesta a su insistencia en el reclamo por sus derechos. Asimismo, el inciso citado se hace particular referencia a la difusión de información despectiva como un ejemplo de conducta lesiva para el consumidor, comprendida en el estándar general formulado en la primera frase del inciso.

### ***II.8. Los procedimientos de reclamación o cobranzas intimidatorios o que generen situaciones agraviantes o denigratorias para el consumidor o su familia como práctica abusiva*** (39)

La primera parte del inc. 8º del art. 26 del Anteproyecto dispone que constituye práctica abusiva “llevar adelante procedimientos de reclamación o cobranzas intimidatorios o que

generen situaciones agraviantes o denigratorias para el consumidor o su familia”.

En el derecho comparado existen normas con un espíritu similar que regulan prácticas de esta naturaleza (40).

Esta pauta genérica que surge de la norma resulta abarcadora de innumerables prácticas y conductas del proveedor que atentan contra la dignidad del consumidor o su familia. Encuentra sustento directo en el estándar establecido en el art. 1097 del Cód. Civ. y Com.

Se trata de un criterio abierto de ponderación del carácter abusivo de las prácticas comerciales, que habilita a calificar como ilícita cualquier conducta del proveedor subsumible en el estándar descripto (41). La doctrina ha sostenido que este tipo de prácticas están constituidas por aquellos procedimientos aplicados en la formación del contrato o en su ejecución que se caracterizan por colocar al consumidor en estado de sospecha, vergüenza o intimidación. Cualquier actitud que moleste, denigre o tienda a colocar en situación de inferioridad al consumidor, infundiéndole miedo o temor encuentra aquí cabida. Son prácticas que buscan aprovechar la necesidad o inexperiencia de las personas (42).

En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que “la práctica de la administradora del cementerio privado, consistente en colocar carteles en las lápidas, a fin de hacer saber que esa parcela se encuentra en mora, contraviene el deber de trato digno al que está obligado, en su carácter de proveedor, pues el hecho de que pueda ser advertido por cualquier persona que circula por el cementerio, es susceptible de constituir una situación vergonzante para los

(38) LIMA MARQUEZ, Claudia, BENJAMIN, Antonio H., MIRAGEM, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2da. ed., Revista dos Tribunais, San Pablo, 2006, p. 563.

(39) Esta práctica abusiva ha sido analizada *in extenso* en ARIAS, María Paula, “Prácticas abusivas en el cobro de deudas” en *Prácticas abusivas en el Derecho del Consumidor*, Dir. Walter F. Krieger, El Derecho, Buenos Aires, 2018, ps. 473 y ss.

(40) Código de Defensa del Consumidor de Brasil (art. 42), ley 19.496 de Chile (art. 37), ley 2000-21 de Ecuador (art. 49), Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú (art. 61 y 62), ley de bancos y grupos financieros de Guatemala (art. 46 bis) y *The Fair Debt Collection Practices Act* (FDCPA) de EE.UU.

(41) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Prácticas comerciales abusivas”, cit., p. 608.

(42) KIPER, Claudio M., “Comentario al art. 8 bis”, en *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, t. 1 - Parte general - arts. 1º a 66, Dir. PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 127 y ss.

deudos de las personas cuyos restos fueron inhumados en ese lugar. En tal sentido, la sanción impuesta por la Secretaría de Defensa del Consumidor, luce razonable” (43).

Asimismo, resulta denigratorio para el consumidor que se envíen intimaciones de cobro a su domicilio laboral o se realicen llamadas telefónicas dando a conocer su deuda a su empleador, a sus vecinos, a sus familiares o a cualquier otra persona ajena a la relación obligacional. Es agravante por implicar una persecución, la interrupción del descanso del consumidor y una violación a su derecho a la intimidad recibir llamadas telefónicas persiguiendo el cobro de la deuda en días y horarios inapropiados y, por último, resulta intimidatorio el hecho que en los reclamos se mencione que se lo incluirá en bases de datos de información crediticia, o que se le trabarán cautelares o que se le ejecutarán sus bienes.

Esta metodología que es cotidiana en nuestro mercado consiste en atosigar e inquirir de manera permanente en cualquier horario y lugar, a toda persona que según los sistemas operativos de las empresas, figure como deudora de las mismas, sin escuchar ni atender las defensas y manifestaciones de la “víctima”. Así, a través de la presión y asfixia continua, sumado a la vergüenza que la mayoría de los sindicatos como “deudores” sienten por ser marcados como sujetos “desviados” del sistema, las empresas logran cobrar deudas inexistentes, prescriptas o directamente, fruto del abuso y la usura (44).

En este sentido, existe jurisprudencia que ha considerado práctica abusiva el envío de intimaciones al domicilio laboral del consumidor e impuso daños punitivos por dicho motivo (45). En otro caso similar, se otorgó el resarcimiento por daño moral al consumidor como consecuencia

(43) CApel. Salta, “Sedecon c. Cementerio de la divina misericordia”, 30/10/2017.

(44) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “Daños punitivos por trato inequitativo e indigno”, LL 10/8/2012, p. 3, LL 2012-D-613.

(45) CContenciosoadministrativo y Trib., sala II, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Banco Columbia S.A. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s. Recurso directo sobre resoluciones de defensa del consumidor”, 16/5/2016; RC J 3631/16.

de las comunicaciones remitidas a los directivos del colegio en el cual trabajaba, que hacían saber la existencia de deuda en mora, lo infructuoso de las diligencias de cobro intentadas e invitaba a las autoridades a informar a la deudora sobre esa comunicación, a fin de que concurra al estudio jurídico para resolver la situación (46).

No cabe duda que quien se considera acreedor puede recurrir a alguna de las vías de tutela del crédito que menciona el art. 730 del Cód. Civ. y Com., sin embargo, no puede ejercer tal derecho en forma abusiva pues en tal caso, por imperio del art. 10 del Cód. Civ. y Com. su conducta podría configurar un hecho ilícito.

Todo debe desenvolverse dentro del marco de la buena fe. Y no parece que dentro de ese marco se encuentre la posibilidad de amenazar o comunicar a terceros que nada tienen que ver con el asunto la situación del deudor. Máxime cuando esas comunicaciones se hacen con el solo fin de amedrentar o avergonzar al presunto deudor. Una cosa es “interpelar”, y otra, muy distinta, “intimidar”. Interpelar es conforme a derecho, intimidar es constitutivo de un hecho ilícito. El derecho otorga suficientes herramientas a quienes consideran que han sido lesionados en sus derechos creditorios. Son esas las armas con las que debe luchar el profesional del Derecho. Recurrir a la intimidación, la molestia, la presión, la amenaza no está permitido, ni aun cuando se pueda tener razón en el fondo del reclamo (47).

### ***II.9. Los reclamos extrajudiciales de deudas con apariencia de reclamo judicial*** (48)

La última parte del inc. 8º del art. 26 del Anteproyecto dispone que “en los reclamos extrajudiciales de deudas, el proveedor deberá abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial”. Dicha norma

(46) CNCom., sala E, “Lloyds TSB. Bank c. Frascara, María E.”, 10/2/2006, LL 28/7/2006, p. 6, LL 2006-D-575.

(47) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Responsabilidad civil por el envío de una carta documento. Interpelación o intimidación”, JA 2006-III-39, LL Online 0003/012669.

(48) Esta práctica abusiva ha sido analizada *in extenso* en ARIAS, María Paula, “Prácticas abusivas en el cobro de deudas”, cit., ps. 473 y ss.

tiene como antecedente directo el segundo párrafo de art. 8° bis de la LDC.

El precepto refiere al supuesto de los reclamos extrajudiciales de deudas en los que se utilizan métodos con apariencia de reclamo judicial, lo que no sólo consiste en un engaño, sino que coloca al consumidor en una situación vergonzante e inaceptable (49).

Esta práctica indeseable de los proveedores es habitual cuando se utilizan vías de reclamo no judiciales, a modo “efectista”, para atemorizar o impactar visualmente al consumidor-deudor. Se lo coloca a este último en una necesaria situación de zozobra o preocupación a través de la presión psicológica derivada del reclamo recibido con apariencia de judicial, que constituye una afrenta al respeto debido a aquel. De este modo, no es admisible el envío al deudor de documentos tales como “notificaciones”, “intimaciones”, “mandamientos” u otros similares redactados y diseñados con el propósito de darles la apariencia de comunicaciones judiciales (50).

Al respecto se ha sostenido que el estándar de valoración de la “apariencia de reclamo judicial” no debe ser el de un profesional o un empresario sino que la autoridad de contralor o aun el juez debe ponerse en el lugar de un consumidor medio, que no está familiarizado con reclamos judiciales o que incluso carece de formación elemental. Asimismo, los documentos que se envían no deben contener logos ni insignias de entidades oficiales y se debe evitar el uso de palabras de corte judicial, como ser secuestro o embargo (51).

Si bien la norma no hace referencia a la extensión solidaria de responsabilidad a quien actuar en nombre del proveedor como si lo hace

---

(49) WAJNTRAU, Javier H., *Régimen jurídico del consumidor comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 91.

(50) VIEIRA, Maximiliano, “El trato digno y equitativo en el derecho del consumidor argentino”, DJ 24/7/2013, p. 1, LL Online AR/DOC/1619/2013.

(51) JUNYENT BAS, Francisco, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., GARZINO, María Constanza y HEREDIA QUERRRO, Juan Sebastián, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, p. 111.

el art. 8° bis de la LDC, debe tenerse presente que el segundo apartado del art. 4° del Anteproyecto establece que la exclusión de los profesionales liberales no alcanza a las prácticas abusivas y el art. 27 dispone que la responsabilidad es solidaria y se proyecta incluso a quien actuar en nombre del proveedor sea o no un profesional liberal. En consecuencia, si el profesional liberal —generalmente abogado—, participa en la concreción de alguna de estas prácticas seguirá siendo responsable.

#### ***II.10. La no estipulación de plazos para el cumplimiento de las obligaciones del proveedor o la fijación arbitraria en su beneficio***

El inc. 9° del Anteproyecto establece que constituye una práctica abusiva el hecho de “no estipular plazos para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor cuando la legislación no establece supletorios o fijarlos arbitrariamente en su beneficio”.

Debe tenerse presente que el Código de Defensa del Consumidor de Brasil posee una norma similar en tal sentido (52).

Considerar como abusivas prácticas de esta naturaleza tiene especial importancia en el ámbito inmobiliario con las escrituraciones diferidas en el plazo. En tal sentido, que no esté determinado ningún tipo de plazo para hacerlo implica colocar al consumidor en una situación de desventaja notable. De este modo, al no haber un plazo para el cumplimiento de las obligaciones del proveedor obligaría al consumidor a iniciar acciones judiciales de determinación del plazo (art. 871 inc. d) del Cód. Civ. y Com.) con los costos y el tiempo que ello le erogarían.

En otras palabras, la abstención por parte del proveedor de no fijar plazo al igual que fijarlo arbitrariamente en su beneficio, provoca una dificultad en el consumidor en el ejercicio de los derechos que le son reconocidos por la ley.

---

(52) Así, cuando regula las prácticas abusivas en el art. 39 inc. 12 dispone que prohíbe al proveedor “dejar de estipular un plazo para el cumplimiento de su obligación o dejar establecer el plazo inicial según su criterio exclusivo”.

### **II.11. Prácticas abusivas en el marco de los servicios educativos privados: la negativa a entregar títulos o certificados, a la participación en actividades y al otorgamiento de reconocimiento u honores**

En el inc. 10 del art. 26 el Anteproyecto tipifica una reiterada práctica abusiva vinculada a la prestación de servicios educativos privados. Este contrato de servicios ha sido definido como aquel que "...se configura cuando una parte denominada 'establecimiento o institución no estatal' se obliga a desarrollar en un contexto de organización empresarial, procesos de enseñanza-aprendizaje, y la otra, individualizada como 'educando' u 'obligado', a colaborar en su ejecución, asumiendo o no el pago de una suma de dinero por ellos (53). El régimen normativo de este contrato queda integrado, a partir de la resistemización propuesta por el Cód. Civ. y Com., con la normativa referente al contrato de servicios y —en la mayoría de los casos— con el régimen de tutela del consumidor; así como también con normativa nacional y provincial vinculada a la educación. La temática, además, se encuentra intensamente atravesada por normas de rango constitucional y convencional que gravitan en la solución de los casos concretos en el marco del fenómeno de constituciona-

lización que propone el Cód. Civ. y Com. en sus arts. 1º y 2º (54).

El contrato de prestación de servicios educativos privados ha sido reconocido como contrato de consumo por la jurisprudencia y la doctrina (55), cuestión que resulta de gran importancia en diversos aspectos, entre ellos, la publicidad, el deber de información y las prácticas abusivas (56). Ello es así dado que en la mayoría de los supuestos el establecimiento educativo podrá encuadrarse como proveedor, y el educando como consumidor o usuario, de acuerdo con las circunstancias. En este sentido, los educandos serán usuarios no contratantes si son menores de edad o incapaces y sus representantes contratan el servicio. En caso de personas restringidas en su capacidad, se tratará de consumidores contratantes o usuarios según las restricciones que posean y el sistema de apoyo que se haya dispuesto. Cabe tener en cuenta también, que podrán ser considerados usuarios, por ejemplo, los empleados de una empresa a quien esta les brinda la

(53) HERNÁNDEZ, Carlos A. - TRIVISONNO, Julieta B., "La tutela del usuario de servicios educativos privados. Aportes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *Tratado de Derecho del Consumidor* dirigido por Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 527 y ss. Se destaca en este trabajo que se trata de un contrato que generalmente se presentará como oneroso, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos el establecimiento educativo percibe una retribución a cambio del servicio prestado. Sin embargo, pueden presentarse situaciones especiales, verbigracia, si un establecimiento que recibe subsidio estatal brinda un servicio gratuito. En este supuesto se tratará de una contratación a título gratuito. Asimismo, pueden verse: HERNÁNDEZ, Carlos A. y TRIVISONNO, Julieta B., "Perspectivas contractuales de los servicios educativos privados. Una mirada desde el Código Civil y Comercial unificado", *Revista Derecho Privado*, año III, nro. 10, Infojus, p. 81; ARIAS, María Paula y TRIVISONNO, Julieta, "La protección del consumidor frente a la economía de servicios", *Dossier de Derecho del Consumidor*, nro. 13, 2016-1, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, marzo 2016, ps. 25 y ss.

(54) HERNÁNDEZ, Carlos A. - TRIVISONNO, Julieta B., "La tutela del usuario de servicios educativos privados. Aportes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", cit., ps. 527 y ss.

(55) Al respecto puede verse: C4ª Civ. y Com. de Córdoba, "Instituto Santa Ana S.A. c. Abraham Jorge Felipe y Otro s/recurso de apelación", 22/10/2013, LL Online: AR/JUR/71759/2013; HERNÁNDEZ, Carlos A., "Régimen Jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del derecho contractual", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, t. 2005-1 "Contratos de Servicios", ps. 291 y ss., y "El contrato de prestación de servicios educativos privados. Consideraciones sobre el derecho de admisión y las facultades de extinción a favor del establecimiento", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, setiembre 2007, ps. 49 y ss.; VINTI, Ángela M., "La prescripción de la obligación de pago de cuotas, en el contrato de prestación de servicios educativos privados", LLC 2014 (febrero), p. 29, LL Online: AR/DOC/1/2014; HERNÁNDEZ, Carlos A. - TRIVISONNO, Julieta B., "La tutela del usuario de servicios educativos privados. Aportes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", cit., ps. 527 y ss.; ARIAS, María Paula - TRIVISONNO, Julieta, "La protección del consumidor frente a la economía de servicios", cit., ps. 25 y ss.

(56) HERNÁNDEZ, Carlos A. - TRIVISONNO, Julieta B., "La tutela del usuario de servicios educativos privados. Aportes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", cit., ps. 527 y ss.

posibilidad de capacitarse en alguna cuestión en particular (57).

Además, no puede dudarse que el educando es un consumidor hipervulnerable, un sujeto particularmente débil cuya tutela requiere de la acentuación del principio protectorio (58). Incluso, la vulnerabilidad especial puede verse agravada en gran cantidad de situaciones (59). Acertadamente, el Anteproyecto reconoce esta cuestión en forma expresa en el art. 3 al establecer que “El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados”.

En muchos de los casos sometidos a la decisión de nuestros tribunales, se han discutido cuestiones vinculadas a las conductas, acciones, omisiones de los proveedores que pueden ser calificadas como prácticas abusivas, no siempre considerando al contrato como relación de consumo. Entre ellas, la exclusión del educando del establecimiento mediante el ejercicio del pretendido “derecho de admisión” cuando aquel ya forma parte de la comunidad educativa y lo que se pretende es, en verdad, dejar sin efecto el contrato. Esta práctica, a la que se ha denominado “rematriculación”, consiste en alegar que el servicio se contrata anualmente motivo por el cual el establecimiento se reserva la facultad de admitir al educando en

cada uno de los ciclos del nivel educativo sin mayores justificaciones. Se trata de una conducta del proveedor que resulta abusiva por ser irrazonable, pues falsea la realidad a fin de “desnaturalizar el contrato”, en tanto cuando se elige un establecimiento se lo hace en la intención de transitar allí todas las etapas del ciclo educativo (60); v.gr. todos los ciclos que comprende el nivel secundario. Ello no implica que el establecimiento educativo no pueda poner fin al contrato de servicios, sino que deberá esgrimir una pretensión resolutoria de impacto tal que justifique la extinción del vínculo, v.gr., falta de ejecución de las obligaciones contractuales (pago de aranceles), faltas graves a los deberes de colaboración que pesan sobre el educando o sobre sus representantes (61).

En el marco del Anteproyecto, las prácticas vinculadas a la contratación anual de los servi-

(60) HERNÁNDEZ, Carlos A. - TRIVISONNO, Julieta B., “La tutela del usuario de servicios educativos privados. Aportes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, cit., ps. 527 y ss. Se señala en el trabajo que a fin de fundar esta práctica se ha recurrido a la resolución 641/81 del Ministerio de Educación que señala que el derecho de admisión puede ejercerse al inicio de cada período lectivo y en referencia a la posible matriculación de los alumnos.

(61) En relación con la práctica de la rematriculación la jurisprudencia no es pacífica. Un grupo de antecedentes se inclina por sostener la facultad discrecional del establecimiento educativo, entre ellos: a) C3ª Civ. y Com. Córdoba, “Echegaray Ferrer, Carlos J.”, 16/8/1983, ED 109-498; b) CNCiv., sala G, 24/4/1989, “Fidel, Luis Samuel y otro c. Instituto Sara Chamberlain de Eccleston”; c) C1ª Civ. y Com. San Isidro, sala II, “Mataresse, Patricia L. c. St. Andrew’s Scots School”, LLBA 2005 (junio), p. 581, LLBA 2005 (julio), p. 651. Otro grupo de precedentes cuestiona que pueda reconocerse a la rematriculación el carácter de ejercicio del derecho de admisión y considera correcto hacer referencia al derecho de evaluar la permanencia del educando, facultad que debe ser ejercida sin incurrir en conductas abusivas o antifuncionales; entre ellos: a) “L.L. y O. c. Northlands Asoc. Civil de Beneficencia s/amparo”, elDial, AA109E; b) SCJ Mendoza, sala I, “Romboli, Mónica G. y ot. p/ su hijo menor c. Colegio Instituto San Buenaventura”, 5/12/2008, LL Online: AR/JUR/17774/2008; c) STJ Formosa, “A. de M., V. y otro c. Instituto Santa Isabel”, 29/3/2000; CSJN, “Instituto Privado Santa Isabel s/rec. en Alloí, José L. y otra”, 19/12/2000. Posteriormente, al intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación se declara inadmisibles el recurso extraordinario, ver especialmente el voto del Dr. Boggiano, en LL Online: AR/JUR/5694/2000, y Fallos 323:4025.

(57) Ídem, ps. 527 y ss.

(58) Ídem, ps. 533 y 534.

(59) Cabe citar aquí el caso CCiv. y Com. Junín, 3/7/2007, “L., M. I. y D. P., M. c. I. C. M.”, RCyS 2007-533. La Cámara resolvió admitir la acción de daños y perjuicios deducida por un particular en representación de su hijo menor contra un instituto educacional privado que no le renovó la matrícula de inscripción para el año lectivo siguiente, dado que el establecimiento actuó en abuso de su derecho pues fundamentó su decisión en los inconvenientes generados en la adaptación del menor por padecer una discapacidad —en el caso, menor hipoacúsico congénito con implante coclear— cuando al momento de admitirlo tuvo total conocimiento y conciencia de sus limitaciones, circunstancia que imponía adoptar las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación asumida en pos de ejecutar el contrato obrando con cuidado y previsión conforme verosimilmente entendieron o pudieron entender las partes.

cios y la necesidad de la rematriculación hallan recepción en el art. 22 referido a las prácticas restrictivas de la libertad contractual. Asimismo, otras prácticas que se han manifestado en el sector educativo podrán ser comprendidas en el estándar del trato digno, v.gr. colocar notas de reclamo del pago de aranceles prendidas en los guardapolvos de los niños o niñas (62), o bien en el marco del trato no discriminatorio, v.gr., pretender excluir de la institución a una alumna por hallarse embarazada (63).

Asimismo, otra de las prácticas reiteradas en el sector educativo se manifiesta cuando el establecimiento, como consecuencia de la falta de pago de la matrícula, retiene los certificados o títulos a aquellos educandos que han cumplido con las exigencias académicas para acceder a estos (64). El inc. 10 del art. 26 del Anteproyecto

(62) En este sentido puede consultarse: <https://www.lanueva.com/nota/2012-9-5-9-0-0-otra-vez-la-discriminacion-en-el-jardin>.

(63) En este sentido puede verse: STJ Formosa, “A. de M., V. y otro c. Instituto Santa Isabel”, 29/3/2000, en el cual se ordenó como medida cautelar el reingreso inmediato de una menor al establecimiento educacional en el cual se le denegó la reinscripción por encontrarse embarazada y hasta tanto se dicte resolución definitiva en la acción de amparo incoada, pues la restricción impuesta le impide continuar con su formación académica y vulnera “prima facie” garantías constitucionales y convencionales. Posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por la institución. Hacia el 2005 se sanciona la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en cuyo texto se prohíbe a las instituciones educativas públicas y privadas la discriminación por estado de embarazo, maternidad o paternidad y la imposición de medidas correctivas o sanciones disciplinarias a las niñas, niños y adolescentes por tal motivo. Asimismo, se establece que los Organismos del Estado deben desarrollar un sistema conducente a permitir la continuidad y la finalización de los estudios de las niñas, niños y adolescentes (art. 17).

(64) A modo ejemplificativo pueden consultarse las siguientes fuentes: <https://www.lanacion.com.ar/1434466-denuncian-por-discriminacion-al-jardin-de-gonzalez-catan>, <https://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-183974-2011-12-22.html>. Muchos de los reclamos que se fundan en esta práctica se canalizan por medio de las autoridades de aplicación de cada provincia en materia educativa, es decir los Ministerios de Educación. Puede citarse también un precedente en el que se formuló una denuncia por incumplimiento de la ley 24.240 ante la Dirección de Comercio Interior de Tucumán (expte. nro. 3323/311-B-16) en el cual la

incorpora a esta práctica como abusiva, regulándola en términos más amplios, comprensivos de otras situaciones diversas a la expuesta. Así, se considerará abusiva aquella práctica consistente en “Negar la participación en actividades organizadas por el establecimiento educativo, el otorgamiento de reconocimientos u honores, o la entrega de títulos o certificados que acrediten la conclusión de estudios de cualquier nivel y/o cualquier otra documentación, ante la existencia de obligaciones pendientes”. Cabe destacar que se habla de “obligaciones pendientes a cargo del educando” expresión que comprende a las deudas de matrículas, cuotas o aranceles, pero no se limita a ello, sino que podría comprender también otras obligaciones o deberes a cargo del educando o sus representantes, según las circunstancias del caso.

En esta inteligencia, el incumplimiento de las obligaciones del educando, no puede motivar legítimamente la retención de documentación o prohibir la participación en actividades organizadas por el establecimiento. De este modo, se impide que el establecimiento alegue la suspensión del contrato y por ende, v.gr., retenga el título cuando el educando no ha cumplido con el pago de las cuotas o no permita la participación del mismo en un acto de graduación.

La problemática planteada se coloca en diálogo con normas relativas a la educación a nivel nacional y provincial. Así, la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, al regular el derecho a la educación dispone que “Por ninguna causa se podrá restringir el acceso a la educación debiendo entregar la certificación o diploma correspondiente”.

En el ámbito provincial, algunas leyes contienen prohibiciones expresas a los establecimientos educativos, cuyo incumplimiento generan la posibilidad de recibir sanciones por parte de la autoridad de aplicación de ellas. Entre ellas, cabe citar a las siguientes:

a) la ley 400 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2000) prohíbe a los establecimientos educativos privados incorporados a la ense-

estudiante alegaba incumplimiento en la entrega del certificado analítico correspondiente a la culminación de sus estudios secundarios.



ñanza oficial: i) retener boletines de calificaciones, certificados de estudios, pases a otros establecimientos, certificados de regularidad y toda otra documentación oficial del alumno que registre morosidad en el pago de aranceles correspondientes (art. 1º) y ii) privar al alumno de la asistencia regular a todas las clases, experiencias y actividades pedagógicas e institucionales en general con motivo de la mora, salvo que concurren los extremos indicados (ver art. 2º);

b) la ley 8391 de la provincia de Tucumán (2010) que prohíbe a los establecimientos de Educación Pública de Gestión Privada denegar pases, certificados de estudios o diplomas, por deudas de tipo económico de los alumnos, padres o tutores (art. 93);

c) la ley 15.061 de la provincia de Buenos Aires que prohíbe a los establecimientos educativos públicos de gestión privada: i) retener o no entregar boletines de calificaciones, certificados de estudios, pases a otros establecimientos, certificados de regularidad y toda otra documentación oficial de aquellos alumnos que registren morosidad en el pago aranceles o cuotas (art. 1º), ii) privar a los alumnos será de la asistencia regular a las clases, experiencias y actividades pedagógicas e institucionales en general por falta de pago de aranceles, cuotas o mora en el pago de los mismos (art. 2º); iii) hacer pública la deuda en concepto de aranceles y/o cuotas de su alumnado y adoptar mecanismos que involucren a docentes y alumnos en el cobro de los mismos (art. 3º).

Asimismo, en el ámbito de la provincia de Santa Fe, el decreto 2880/69 —reglamentario de la ley 6427 de educación privada— dispone en su art. 31 que las cooperadoras, asociaciones de padres y otras similares, no podrán exigir contribuciones a los alumnos o a sus padres, sin embargo, en caso de que las mismas se realicen voluntariamente, la falta de pago no podrá afectar de manera alguna al alumno. Sobre la base de ello, podría sostenerse que no resulta posible retener títulos o diplomas ni tomar otro tipo de medidas como la exclusión de actividades o la negativa a otorgar reconocimientos u honores.

Asimismo, la práctica regulada encuentra antecedentes en el ámbito del Derecho comparado. El Código de Protección y Defensa del

Consumidor de Perú dispone que el consumidor tiene derecho a “Que no se condicione la entrega del documento que acredite, certifique o deje constancia del uso o desarrollo del producto o servicio a pago distinto del derecho de trámite, salvo en el caso de que el usuario registre deuda pendiente con la institución educativa, en concordancia con la legislación sobre la materia” (art. 74.1. e). La norma brinda un nivel menor de tutela que el proporcionado por el Anteproyecto, en tanto solo se garantiza al consumidor que no se le cobre un arancel distinto al derecho de trámite, permitiendo retener los documentos cuando se registran deudas pendientes.

La consideración de esta práctica como abusiva en el marco del Anteproyecto se presenta muy loable, en tanto se trata de un vínculo contractual en el que se pone de manifiesto la influencia de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho patrimonial, resolviéndose la tensión que se produce a favor de los primeros (65), todo ello en el marco de la visión sistemática propuesta por la Constitución Nacional y el Cód. Civ. y Com. Se trata, además, de cuestiones que suscitan un gran interés social y que —con frecuencia— encuentran eco en los medios de comunicación con motivo de casos concretos, generando la necesidad de dar una respuesta jurídica capaz de insertarse en el sistema vigente en diálogo con todas las normas aludidas.

## ***II.12. La sobreventa de abonos por servicios, la venta de sobrecupos en espectáculos públicos y en servicios de transporte de pasajeros***

El inc. 11 del art. 26 establece que constituye práctica abusiva “la sobreventa de abonos por servicios que exceda la capacidad operativa o de gestión del proveedor. De igual modo, la venta de sobrecupos en espectáculos públicos y

---

(65) En relación con esta temática puede verse el interesante aporte de: FRUSTAGLI, Sandra A., “Reflexiones en torno al contrato como marco de la tensión entre utilidad y derechos de la personalidad”, en *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, dirigido por Atilio Alterini y Noemí Nicolau, coordinado por Carlos A. Hernández, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 319 y ss.

en servicios de transporte de pasajeros, incluidos los aéreos”.

En realidad, se trata de conductas del proveedor tendientes a obtener mayores ganancias que conspiran con el trato digno y equitativo que merece todo consumidor.

Así, la sobreventa de abonos por servicios que exceda la capacidad operativa o de gestión del proveedor necesariamente va a menguar la calidad del servicio que se debe prestar y, en ocasiones, directamente va a implicar que el servicio no pueda ser prestado derivando en un incumplimiento contractual. Cualquiera sea el supuesto, va a configurar una práctica abusiva tornando procedente la reparación de los perjuicios ocasionados al consumidor.

Un ejemplo de sobreventa de abonos de servicios puede estar dado por el caso en el que el servicio de ancho de banda de internet vio disminuida su velocidad y la capacidad de interconexión que se había ofrecido a los usuarios (66). Probablemente en el caso mencionado la degradación del servicio de internet fue causado porque existió una sobreventa de abonos en relación a la capacidad operativa del proveedor.

Similar es la conducta de vender localidades en exceso o permitir el ingreso de una mayor cantidad de espectadores o asistentes que no resulte acorde a la capacidad del lugar donde se desarrolla el espectáculo deportivo o artístico. En estos supuestos, los perjuicios al consumidor pueden ser de diversa naturaleza. Puede que ocurra que el consumidor a pesar de tener su entrada no pueda ingresar (67) y ello traiga aparejado un incumplimiento contractual por parte del proveedor con los consiguientes daños y perjuicios. También puede ocurrir que el espectador pueda ingresar pero vea afectada la calidad del servicio ya que no tendrá la comodidad debida —por carecer de asientos o por tener que ver el espectáculo hacinado—, o vea comprometida su seguridad.

(66) CNContenciosoadministrativo Fed., sala II, “Prima S.A. c. Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor”, 20/9/2007.

(67) CCiv. y Com. Rosario, sala IV, “Rodríguez, Maximiliano c. AFA (Asociación del Fútbol Argentino) s/ daños y perjuicios. Expte. 217/12”, acuerdo 81, 9/4/2013.

Así, la sobreventa de entradas genera una sobre población del local como ocurrió con el recital de “Callejeros” en Cromagnon en el cual se produjo un incendio del local bailable por la utilización de bengalas con un techo inflamable y murieron casi dos centenares de personas (68).

Otro caso de sobreventa de entradas ocurrió en el recital del Indio Solari al que concurrió un “mar de gente”, careciendo de medidas de seguridad, accesos claros, ambulancias y puestos de atención médica. Existieron avalanchas y terminaron muriendo dos personas. La convocatoria se hizo bajo el lema “las entradas no se agotan”. La frase que deslizaron los productores del espectáculo fue “diseminada a través de las redes sociales por periodistas y seguidores de Solari un día antes del show y constituye una prueba irrefutable para quienes señalan la sobreventa de entradas y la saturación de público en La Colmena como causas directas de la tragedia de Olavarría (69). En términos de los derechos de los consumidores protegidos por el art. 42 de la Constitución Nacional se careció de la protección a la salud y a la seguridad, con desinterés absoluto por las condiciones de trato digno debido a las personas. Asimismo, los casos descriptos podrían quedar encuadrados en el marco de la práctica abusiva descripta en el inc. 5º del art. 26 *ut supra* reseñada.

Sin perjuicio de todo lo expuesto *ut supra*, los casos más comunes de sobreventa que llegan a los tribunales están dados por la sobreventa de pasajes en el transporte aéreo. El inc. 11 incluye todo tipo de transporte y aclara que se incluye el transporte aéreo como consecuencia de la tradición jurídica derivada del art. 63 de la LDC (70) y lo dispuesto por el art. 4º *in fine* del Anteproyecto (71).

(68) CNCasación Penal, sala III, “Chabán, Omar Emir y otros”, 20/4/2011, LL Online AR/JUR/11448/2011.

(69) RAMOS, Sebastián, “Drama en Olavarría. Cuando el *sold out* no existe”, diario *La Nación*, Buenos Aires, 13/3/2017, p. 20.

(70) Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley.

(71) Al transporte aéreo se le aplica el Código Aeronáutico, los tratados internacionales de los que Argentina sea parte, y esta ley, de modo concurrente y de acuerdo a

En el transporte aéreo es una práctica muy común la denegación de embarque por *overbooking* que se da cuando el pasajero a pesar de presentarse teniendo la reserva confirmada para un vuelo concreto no embarca por existir “exceso de reservas” o “sobre reserva” confirmadas. Se produce *overbooking* cuando el transportador ha confirmado para un cierto vuelo mayor cantidad de pasajes o lugares que aquellos que componen en dicho vuelo la capacidad total de asientos disponibles en la aeronave (72).

Ahora bien, la existencia de *overbooking* no configura por sí sola la negativa de embarque, porque es posible que no todos los pasajeros que tienen confirmadas sus reservas se presenten para volar y por ende, si todos los que se presentan son embarcados, desaparece el problema. Por ello, para que exista responsabilidad del transportista debe producirse la negativa de embarque como consecuencia de haberse practicado *overbooking* (73).

Debe reconocerse que la denegación del embarque a un pasajero que posee el billete y ha confirmado debidamente su reserva constituye, por parte del transportista, un incumplimiento del contrato de transporte. Ello es así, porque para lograr la causa fin objetiva de este contrato, es decir, que el pasajero sea trasladado sano y salvo al lugar de destino; previamente el transportista tiene la obligación de reservarle un lugar en la aeronave de acuerdo con la clase de tarifa que ha abonado.

El *overbooking* constituye una maniobra dolosa —no aeronáutica sino comercial— a la que le es aplicable el estatuto consumeril y demás normativa contenida en el Código —tanto de derecho de consumidor como de responsabilidad civil— por ser una cuestión no tratada en el Código Aeronáutico ni en los convenios internacionales de transporte aéreo. Se trata de una conducta dolosa porque el transportador sabe de antemano que incumplirá con una cantidad indeterminada de pasajeros, y ese

conocimiento no lo detiene en su obrar irrispetuoso del contrato que celebra a sabiendas del incumplimiento.

En este mismo sentido lo ha entendido la jurisprudencia que ha considerado que “la sobreventa de pasajes de una aeronave en un número mayor de la que realmente cuenta el aparato —*overbooking*—, implica un incumplimiento contractual que cabe calificar como doloso, puesto que se ha convertido en una práctica habitual, descomedida y voluntaria de las compañías aéreas respecto del pasajero y porque implica un deliberado incumplimiento del contrato con conciencia de su ilegitimidad ya que responde, pura y exclusivamente a los intereses comerciales de la empresa de aeronavegación y, a la vez, significa una práctica de total desconsideración hacia el pasajero que tiene sus pasajes reservados” (74).

Los pasajeros a quienes se les deniega el embarque tienen derecho al reclamo por daño a sus intereses patrimoniales y extrapatrimoniales, sin limitación de cuantía. Dicha responsabilidad ilimitada se debe a que el propio Código Aeronáutico en su art. 147 establece que el transportador no tendrá derecho a ampararse en las prescripciones que limitan su responsabilidad, cuando el daño provenga de su dolo, o del dolo de algunas de las personas bajo su dependencia, actuando en el ejercicio de sus funciones. Además, la indemnización debe fijarse tomando en cuenta las consecuencias al momento del incumplimiento y no al momento de la celebración (art. 1728 del Cód. Civ. y Com.). Es decir, el daño, o su agravamiento, que fuera consecuencia de las circunstancias particulares del pasajero y de los motivos del viaje que emprendía —que derivan de un acontecimiento distinto del mero incumplimiento y que la compañía de transporte no podía razonablemente conocer al momento de la celebración del contrato—, deben ser igualmente indemnizados por tratarse de un incumplimiento doloso (75).

---

su materia, criterio que se proyecta a la competencia de las autoridades de aplicación.

(72) FOLCHI, Mario O., “La naturaleza jurídica del *overbooking* o exceso de reservas”, LL 20/2/2008, p. 10, LL 2008-B-16.

(73) Ídem.

---

(74) CNFed. Civ. y Com., sala III, 28/6/2007, “Maluendez, Guillermo Eduardo Francisco y otro c. Mexicana de Aviación”, RCyS 2007-1000 - DJ 2007-III-905 - LL 20/2/2008, p. 11, con nota de Mario O. Folchi; LL 2008-B-16, con nota de Mario O. Folchi.

(75) ARIAS, María Paula - TRIVISONNO, Julieta B., “El transporte como relación de consumo”, en *Tratado*

### III. Síntesis conclusiva

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor logra diseñar un sistema de prácticas abusivas siguiendo los mandatos constitucionales, los lineamientos planteados en el Cód. Civ. y Com. y los desarrollos de la doctrina y la

---

*de Derecho del Consumidor*, t. II, Dir. Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 694.

jurisprudencia nacionales en la materia. Asimismo, logra reflejar los aportes del derecho comparado que le sirven de antecedente.

En particular, como se ha demostrado a lo largo del presente trabajo, las conductas descritas en los distintos incisos del art. 26, se formulan con un nivel de generalidad que permite que cada una de ellas tenga múltiples despliegues y la apertura suficiente para comprender prácticas que surjan en el futuro.

# La responsabilidad derivada de las prácticas abusivas e ilícitas en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

WALTER F. KRIEGER (\*)

## I. Introducción

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor en su art. 27 establece una serie de responsabilidades especiales para las prácticas “abusivas” e “ilícitas” de los proveedores.

Así, entendemos que, en primer término, tendremos que distinguir entre las prácticas “abusivas” y las prácticas “ilícitas”, para luego ahondar en las responsabilidades que se derivan de cada una de ellas.

Por último, veremos que el régimen del art. 27 del Anteproyecto permite extender la aplicación de los daños punitivos a terceros ajenos a la relación de consumo.

## II. Las prácticas “abusivas”

Señala Lorenzetti que las prácticas comerciales son los procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados para fomentar, mantener desenvolver o garantizar la producción de bienes y servicios.

En este sentido, Japaze (1) enuncia estas técnicas en forma no taxativa y señala como prácticas comerciales a: 1) la publicidad; 2) la oferta

combinada; 3) la promoción de productos con sorteos y rifas; 4) la venta a distancia, entre otros.

Va de suyo que todos estos elementos son parte de nuestra vida cotidiana y resultan esenciales para los proveedores para instalar sus productos y servicios en el mercado.

Así, hay acuerdo en la doctrina (Japaze, Hernández, Frustragli) en sostener la licitud de estas prácticas como norma general; tornándose en ilícitas cuando se lesionen derechos o libertades del consumidor o se vulneren las buenas prácticas mercantiles (2).

Estas situaciones de abusividad en el ejercicio de las prácticas comerciales denotan en la práctica una alteración de la libertad y dignidad del consumidor, en tanto o bien lo exponen a situaciones humillantes y vejatorias; o bien lo incitan a la adquisición de bienes y servicios mediante el engaño o la coacción.

Puede decirse entonces que la práctica comercial abusiva se puede dar tanto en el marco de un contrato de consumo en curso, como en la etapa previa a la concreción del mismo, y en la etapa posterior; estando igualmente todos los supuestos tutelados por la ley.

Todas estas afirmaciones encuentran su sustento en la directiva del Parlamento Europeo 2005/29/CE sobre prácticas comerciales des-

---

(\*) Abogado (UBA). Doctor en derecho con orientación en Derecho Privado (UCES). Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

(1) JAPAZE, Belén, “Prácticas comerciales”, en Rusconi Dante (dir.), *Manual de Derecho del Consumidor*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2009.

(2) Ídem, p. 297.

leales; norma que clasifica las prácticas comerciales desleales en dos ramas:

- a) las prácticas comerciales engañosas (que pueden darse por acción o por omisión);
- b) las prácticas comerciales agresivas.

Sin perjuicio de la clasificación que realiza la normativa referida, teniendo en cuenta que las prácticas abusivas son aquellas que vulneran o tienen la potencialidad de vulnerar los derechos de los consumidores, podemos clasificar a las mismas en:

- a) prácticas comerciales engañosas, cuando las mismas contrarían el derecho a la información, al principio de buena fe o van en contra de la educación de los consumidores;
- b) prácticas comerciales agresivas, como aquellas que son contrarias al derecho al trato digno y equitativo y que fuerzan al consumidor a involucrarse en una relación de consumo, aún en contra de su voluntad o sin la posibilidad de una adecuada reflexión sobre el alcance de sus actos.

### **II.1. Prácticas comerciales engañosas**

Como bien dice la norma referida, las prácticas comerciales engañosas pueden darse por acción, o por omisión.

Las primeras, se darán cuando el proveedor de información inexacta sobre:

- a) existencia o la naturaleza del producto;
- b) las características principales del producto (su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su composición, su origen geográfico, los resultados que pueden esperarse de su utilización, etcétera);
- c) el alcance de los compromisos del comerciante;
- d) el precio o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio; e) la necesidad de un servicio o de una reparación.

En tanto, la omisión se configurará cuando se omite o se ofrece de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no es el adecuado la información sustancial que ne-

cesita el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción, lo que, en consecuencia, hace o puede hacer que el consumidor tome una decisión sobre la contratación que de otro modo no hubiera tomado.

La tutela del consumidor frente a este tipo de prácticas se sustentará entonces en la regulación de la publicidad y las exigencias en el cumplimiento adecuado del deber de información.

### **II.2. Prácticas comerciales agresivas**

Conforme la directiva europea, son prácticas comerciales agresivas las que vulneren la libertad de elección del consumidor forzándolo a tomar decisiones bajo acoso, coacción o influencia indebida.

Serán, según la norma señalada, indicios a considerar a la hora de valorar la agresividad de una práctica.

- a) la naturaleza;
- b) el lugar y la duración de la práctica agresiva;
- c) el posible empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante;
- d) la explotación por parte del comerciante de una circunstancia específica que afecte al consumidor, para influir en su decisión;
- e) cualesquiera condiciones no contractuales desproporcionadas impuestas al consumidor que quiere ejercitar sus derechos contractuales (por ejemplo, el de poner fin al contrato o el de modificarlo).

Se observa entonces que la práctica agresiva es una cuestión de “hecho” que debe ser ponderada por el juez en cada caso en particular, considerando la acción del proveedor respecto del consumidor.

Los límites frente a estas prácticas se encuentran en la tutela del trato digno (art. 8° bis de la ley 24.240 y art. 1098 del Cód. Civ. y Com.), la consagración del derecho del consumidor a la libertad de contratar (art. 1099) y la limitación al ejercicio de la posición dominante en el mercado (art. 11).

### III. Distinción entre prácticas “abusivas” y prácticas “ilícitas”

Entendemos de la lectura de la directiva europea y de sus efectos que existe una clara diferencia entre las prácticas comerciales “abusivas” y las prácticas comerciales “ilícitas”.

En este sentido, resulta evidente que las primeras recaen en una vulneración de la libertad, intención o discernimiento del consumidor, y por lo tanto, constituyen una versión *aggionarda* de los vicios de la voluntad.

Así, como veremos más adelante, el consumidor podrá frente a estas prácticas, y sin perjuicio de la acción de daños pertinentes, reclamar la nulidad de la relación de consumo.

Por otro lado, las prácticas comerciales “ilícitas” son aquellas que contrarían algún deber impuesto al proveedor. Así, las prácticas que vulneren la dignidad del mismo, su seguridad, su posibilidad de acceder al mercado, etc.; no traerán aparejada la posibilidad de plantear la nulidad de la relación de consumo, sino eventualmente la resolución de la misma y el consecuente reclamo por daños y perjuicios.

Esta distinción para nada deviene en teórica, en tanto, al igual que sucede en las relaciones contractuales, el incumplimiento de una de las partes de sus obligaciones no anula el contrato, sino que dispara los efectos propios del incumplimiento.

Ello mismo sucede en las relaciones de consumo, el accionar ilícito, no trae aparejada la nulidad de la relación, sino que dispara las consecuencias propias de dicha ilicitud.

A su vez, entendemos que formular esta distinción, procura una mejor protección de los consumidores, en tanto, frente al accionar ilícito, se procurará a la reparación del daño y no a la supresión del acto que lo generó.

### IV. La acción preventiva frente a las prácticas abusivas o ilícitas. La protección frente a prácticas “no sustentables”

Arranca el texto del art. 27 del Anteproyecto, señalando que la protección frente a prácticas abusivas o ilícitas abarca tanto a los consumido-

res directos (titulares de la relación de consumo), como equiparados (beneficiarios de esta).

Ahora bien, lo novedoso de la norma, es que tanto en el régimen de protección frente a prácticas abusivas e ilícitas, como en el régimen de responsabilidad por daños al consumidor, vemos en forma solapada, resurgir la categoría de “consumidor expuesto” que había desaparecido con la sanción de Código Civil y Comercial de la Nación (3).

Lo interesante del nuevo plexo normativo, es que este resurgir del consumidor expuesto, es con un marco normativo más claro, y no tan amplio y confuso como era el texto de la ley 26.361, en tanto se encuentra inserto en las dos situaciones donde la figura del “consumidor expuesto” es empleado en la legislación comparada: en la exposición a prácticas comerciales desleales —ya sean abusivas o ilícitas— (v. el art. 29 del Código de Consumo de la República Federativa del Brasil); en la responsabilidad derivada del defecto de productos o servicios (v. la norma inglesa de responsabilidad por producto).

En el marco de la regulación de las prácticas abusivas o ilícitas, vemos que el art. 19 del Anteproyecto establece que los consumidores a los que refiere el art. 2º del Anteproyecto pueden ser determinables —o no—, entendiendo nosotros que esta afirmación, implica considerar a todos aquellos que quedan “expuestos” (como dice la norma) a estas prácticas comerciales como consumidores directos; estableciéndose un vínculo legal de relación de consumo.

Por otro lado, el plexo normativo que va de los arts. 19 a 27 del Anteproyecto, abarca tanto las prácticas abusivas, como a las ilícitas (distingo sobre el que ya nos hemos exployado); de modo que todo aquel que esté expuesto a una práctica abusiva o ilícita, será considerado consumidor a los efectos de la tutela que establece el art. 27.

(3) No desconocemos la existencia de posturas contrarias a la idea de “desaparición” de la figura, sin embargo hemos sostenidos en trabajos anteriores que ocurrió una derogación del consumidor expuesto frente a la sanción de la Ley 26.994 (v. KRIEGER, Walter F. - BAROCELLI, S. Sebastián, *Derechos del Consumidor*, 2ª ed., El Derecho, Buenos Aires, 2018).

Así, y con este concepto amplio de consumidor, vemos en primer término que el art. 27 del Anteproyecto establece que todos los consumidores expuestos a prácticas abusivas o ilícitas tienen la legitimación no sólo para perseguir la reparación de los daños sufridos, sino también para ejercer las acciones preventivas que establece el art. 1711 del Cód. Civ. y Com.

En este sentido, hemos de señalar que la acreditación por parte de quien invoca su condición de “consumidor” expuesto a una práctica abusiva o ilícita su condición de tal, resultará suficiente para obtener la legitimación que exige el art. 1711 del Cód. Civ. y Com. para el ejercicio de la acción preventiva.

No podemos dejar de destacar que enseñan Azar y Ossola que existe una íntima relación entre la función preventiva del daño y la efectiva protección de los consumidores y usuarios y por lo tanto, el reconocimiento de su legitimación a los fines del ejercicio de la acción preventiva del art. 1711 del Cód. Civ. y Com. constituye un verdadero acierto.

Coincidimos con los mencionados autores en sostener que la “acción preventiva” se constituye en un procedimiento “eficaz” para la protección de los consumidores, como lo manda el art. 42 de la Carta Magna, y se complementa con otros institutos preventivos como las medidas cautelares.

Ahora bien, hemos de considerar también que tal como enseña Stiglitz(4), existe una convergencia entre el derecho del consumidor y el derecho ambiental a través del principio de “consumo sustentable” consagrado en el art. 1094 del Cód. Civ. y Com.

Es entonces, a partir de esta convergencia, y en función del dialogo de fuentes (art. 28 del Anteproyecto), que podemos sostener sin lugar a dudas, que es también aplicable al ámbito de las relaciones de consumo el principio precautorio que establece la Ley General del Ambiente 25.675 y que, a su vez, las prácticas

contrarias al principio de sustentabilidad son supuestos de prácticas ilícitas en los términos de los arts. 19 a 27 del Anteproyecto, en cuanto contrarían el ordenamiento jurídico vigente.

Este principio de precaución que señalamos es definido por Garrido Cordobera(5) como la obligación de todo sujeto de abstenerse de realizar acciones que razonablemente pueden derivar en daños presentes o futuros.

Podemos diferenciarlo del principio de no dañar que consagra el art. 1710 del Cód. Civ. y Com., en tanto en dicho supuesto la obligación que se impone es la de abstenerse de realizar acciones que *con certeza* causarán un daño, mientras que el principio de precaución abarca a las acciones que *probablemente* causen un daño.

La aplicación de este principio de precaución a las relaciones de consumo resulta además el derivado de una interpretación razonable del texto del art. 42 de la Constitución Nacional que garantiza el derecho a la seguridad de los consumidores en las relaciones de consumo; en razón de lo cual, frente a las diversas interpretaciones posibles, debe optarse por aquella que de una mayor extensión a la vigencia del derecho constitucionalmente protegido.

Ahora bien, la confluencia de los argumentos hasta aquí esbozados, nos llevan a sostener que en materia de “acciones preventivas” en el marco de procesos de consumo; a la hora de analizar la “previsibilidad” en la relación de causalidad, y la antijuricidad de la acción, se debe recurrir a la aplicación del principio de “precaución”, siendo factible el dictado de una “tutela inhibitoria” en aquellos casos donde no se observe la certeza de la ocurrencia de un daño, pero sí la alta probabilidad de ocurrencia.

Sostenemos entonces, que la amplia legitimación que otorga el art. 27 del Anteproyecto importa que cualquier interesado(6), frente a la existencia de prácticas no sustentables,

(5) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *Riesgo de desarrollo en el derecho de daños*, Astrea, Buenos Aires, 2016, ps. 69 y ss.

(6) Por los argumentos expuestos, entendemos que el concepto de “interesado” debe entenderse con criterio amplio, tal como lo empleó la CSJN en el fallo “Ekmekdján”.

(4) STIGLITZ, Gabriel, “El principio de acceso al consumo sustentable”, en Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. 1, ps. 317 y ss.



tendrá legitimación para requerir el cese de la conducta dañosa, o la disminución de los daños que se encuentren en curso de ejecución a través de las herramientas que establece el art. 1711 del Cód. Civ. y Com.

Para ello, no tendrá que demostrar la certeza de la ocurrencia de un daño derivado de la conducta impugnada, sino la alta probabilidad de que dicho daño vaya a ocurrir; y en cuyo caso, el juez podrá adoptar las medidas que estime más efectivas para evitar el acaecimiento del daño, morigerarlo o hacerlo cesar.

## **V. La responsabilidad derivada de las prácticas abusivas e ilícitas**

Tal como hemos señalado, la diferencia sustancial entre una práctica abusiva y una ilícita, será entonces, que frente a la primera procederá el pedido de nulidad de la relación de consumo, mientras que frente al segundo, solo el pedido de reparación de los daños.

Ahora bien, siguiendo las pautas del art. 27 del Anteproyecto, lo primero que nos encontramos es el tema de la “responsabilidad solidaria”, debiéndonos preguntar a qué tipo de “solidaridad” apuntó el legislador, si entre todos los participantes de la relación de consumo, o si solamente entre aquellos que participaron de la práctica abusiva.

Entendemos que, en el supuesto de una práctica abusiva, la “solidaridad” necesariamente comprende a todos los participantes de la práctica abusiva, en tanto, los criterios de “solidaridad” que impone el Cód. Civ. y Com. son solamente dos; o bien que la solidaridad se pacte contractualmente; o bien, que existe coautoría en la producción del ilícito civil.

Así, en este caso, el término “solidario” resulta a tono con la regulación de las obligaciones de deudores múltiples que establece el Cód. Civ. y Com., por cuanto impone la responsabilidad “solidaria” de todos aquellos que participan en la ejecución de la conducta.

A su vez, no es menor que legislador haya optado por el empleo del término “solidaridad” y no “concurrencia” a la hora de establecer los alcances de la responsabilidad.

Es que en este supuesto, no existe “multiplicidad de causas” de la responsabilidad, como podría —y ello es discutible— suceder en la responsabilidad por daños; sino que aquí la causa es única: la práctica comercial ejecutada por un solo sujeto, o por varios en conjunto.

Así, al ser “solidaria” la responsabilidad, por ejemplo la interposición del reclamo contra uno de los deudores, se interrumpe la responsabilidad frente a los otros, entre otros efectos propios de la responsabilidad solidaria.

Ahora bien, cuando la norma refiere a que la “responsabilidad se proyecta a aquellos que actúen en nombre de aquel”, ello implica —tal como veremos más adelante—, que más allá de la responsabilidad del principal por los hechos del dependiente que ya existe en el Cód. Civ. y Com.; en este caso habrá dos particularidades: a) el dependiente quedará alcanzado por todo el plexo de normas del derecho del consumidor, aun cuando esté en principio excluido del mismo, como es el caso de los profesionales liberales; y b) que el dependiente no podrá excusar su responsabilidad frente al consumidor, alegando que seguía instrucciones de su mandante.

En definitiva, esto implica que si el mandatario va a ejecutar una práctica comercial abusiva o ilícita, debe abstenerse de hacerlo e informar a su mandante de tal extremo, o caso contrario, será responsable frente al consumidor en forma solidaria con su mandante.

A su vez, si el mandatario, para cumplir con las instrucciones de su mandante incurre en prácticas abusivas o ilícitas, la responsabilidad también se extenderá a este; como ser el caso de los estudios jurídicos que ejercer presiones desmedidas sobre deudores morosos de entidades bancarias en procura de obtener el cobro de deudas que en muchos casos están prescritas.

En casos como el anterior, la responsabilidad será solidaria entre mandante y mandatario, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudiere haber entre ellos.

## **VI. Los daños punitivos derivados de las prácticas comerciales o ilícitas**

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor del año 2018 introduce una modifica-

ción sustancial al art. 52 bis de la LDC, y regula los daños punitivos en dos normas, los arts. 27 y 118.

El texto nuclear de la regulación es el 118, donde define en forma más acabada que en el texto vigente los requisitos para la procedencia del daño punitivo. En este sentido, la norma proyectada retoma los criterios de doctrina y jurisprudencia imperantes y establece el requisito de la conducta dolosa o gravemente culposa como requisito esencial para la imposición de daños punitivos.

Por otro lado, modifica también el tope de los daños punitivos y lo relaciona con un valor actualizable, de modo que el tope no requiera actualización legislativa, ni tampoco quede atrasado por obrar de la inflación.

Más allá de que la nueva fórmula eleva sustancialmente el monto de los daños punitivos, y que asegura que dicho tope no quede desfasado, seguimos insistiendo con el argumento de Irigoyen Testa (7), entendiendo que era mejor no establecer tope y dejarlo fijado a criterio judicial en relación con cada caso concreto.

En efecto, no es lo mismo cuantificar un daño masivo con grandes lesiones que conductas que merecen ser disuadidas pero que su potencial dañoso es menor.

Ahora bien, el tema más polémico, sin dudas, es el del destino del monto. Aquí se propone modificar el criterio del art. 52 bis, y se establece por la lógica que imponen los arts. 27 y 118 del Anteproyecto un destino mixto, con un mínimo a favor del consumidor.

Es que si bien el art. 118 establece un destino que es de libre disponibilidad para el juzgador, el art. 27 establece que si la sanción obedece a la existencia de una “práctica abusiva o ilícita”, el destino del daño punitivo debe ser, por lo menos en parte, a favor del consumidor.

Esta regulación, amplía el texto del actual art. 8º bis de la Ley de Defensa del Consumidor, que indica la procedencia de los daños punitivos

para los supuestos de violación al deber de trato digno; y lo extiende también para la ejecución de prácticas ilícitas o abusivas.

En rigor de verdad, esperamos que la ampliación que propone el art. 27, más allá de la ampliación que implica, procure dar visibilidad a la necesidad de punir ciertas prácticas comerciales; en tanto, salvo algunas pocas excepciones (8) no abundan las sentencias de daños punitivos ejemplares por violar el trato digno a los consumidores.

Por otro lado, y a la luz de los requisitos de la procedencia ya mencionados, resulta raro imaginar un supuesto donde se impongan daños punitivos que no deriven de una práctica ilícita o abusiva, de modo que consideramos que en todos los supuestos, por lo menos una parte del daño punitivo, deberá ser destinada al consumidor.

Entendemos así, que el texto del art. 27 del Anteproyecto atempera en mucho las facultades judiciales que otorga el art. 118, aunque sostenemos que lo mejor era conservar que el destino de los punitivos fuera para los consumidores en su totalidad (9).

Más allá de la discusión respecto del destino de los daños punitivos, la otra cuestión novedosa que trae el art. 118 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor es el empleo de la solidaridad como sanción.

Al igual que sucede en el derecho de familia, donde se impone en el art. 535 del Cód. Civ. y Com. una responsabilidad solidaria por las deudas de alimentos al empleador que no cumple con el deber de retener la cuota alimentaria conforme las pautas judiciales; la norma establece la solidaridad por los daños punitivos entre todos los proveedores que hayan intervenido en la conducta reprochable.

Esta norma, también luce de particular trascendencia a la luz del art. 27 del Anteproyecto, en tanto dicha norma extiende la responsabilidad por prácticas abusivas a los dependientes

(8) Por ejemplo los fallos “Machiandarena” de Mar del Plata y “Castelli” de Bahía Blanca.

(9) Sobre el particular v. KRIEGER, Walter F. - BAROCELLI, S. Sebastián, *Derechos del Consumidor*, cit.

(7) IRIGOYEN TESTA, Matías, “El tope apropiado de los daños punitivos”, RCyS 2018-XI-48.

o terceros —aun profesionales— que se utilicen para la concreción de dichas prácticas; de modo que, estos terceros, también estarán expuestos a las sanciones punitivas del art. 118.

En efecto, tal como lo hemos expresado con anterioridad, el texto del art. 27 del Anteproyecto involucra a todos los que hayan participado en la práctica abusiva, aun a aquellos sujetos excluidos como proveedores; de modo que la aplicación del plexo normativo del consumo en estos supuestos a los terceros debe ser *in totum* y no solo de la responsabilidad compensatoria.

En consecuencia, si un profesional se presta para ser parte de una práctica comercial abusiva, quedará también expuesto a ser sancionado en los términos del art. 118 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor.

## VII. Conclusiones

Surge de la lectura de los arts. 19 a 27 del Anteproyecto, que la norma proyectada importa un significativo avance en relación con la regulación de las prácticas comerciales.

Sus normas abarcan tanto a las prácticas abusivas como a las ilícitas y procuran garantizar al consumidor el efectivo ejercicio de las funciones de la responsabilidad civil; la preventiva, la resarcitoria y la punitiva.

A su vez, la solidaridad contemplada en el art. 27 constituye una eficaz herramienta disuasiva para que los terceros se abstengan de llevar adelante o participar en este tipo de prácticas, en cuanto se exponen personalmente a responder con su patrimonio.



**PROTECCIÓN CONTRACTUAL  
DEL CONSUMIDOR**  
.....



# Principios rectores de la protección del consumidor en el período antecontractual y contractual según el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

NOEMÍ L. NICOLAU (\*)

Es una excelente iniciativa promover esta obra colectiva a fin de analizar el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, elaborado por un conjunto de reconocidos y valorados juristas, especialistas en la materia. Fue presentado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y al Ministerio de la Producción y el Trabajo en el mes de diciembre de 2018 (1) y tiene por finalidad diseñar un microsistema de defensa del consumidor que actualice integralmente la ley 24.240, a la que se reconoce en los Fundamentos como un instrumento que prestó su utilidad en su momento, y concordar las normas especiales con las del Código Civil y Comercial.

De acuerdo con la propuesta recibida de los directores de esta obra, la presente colaboración trata del título II del Anteproyecto de ley, destinado a la Protección contractual del consumidor, sus dos primeros capítulos, Disposiciones generales y Protección antecontractual. Se aborda primero la cuestión de la integración de las varias fuentes que deben dialogar en la materia de protección al consumidor (I); luego, se incluye un panorama general acerca de los principios generales del Derecho privado en

su aplicación al contrato de consumo (II); después la protección antecontractual (III); y, por último, se comentan los artículos referidos a la formalización del contrato de consumo (IV).

## I. La integración normativa propuesta en el Anteproyecto

**I.1.** Se incluye en este título II un art. 36, destinado a la integración normativa, que habrá que concordar con el art. 28 del mismo Anteproyecto y con el art. 1º del Cód. Civ. y Com.

El Anteproyecto emplea acertadamente dos términos: integrar y armonizar, introduce de este modo un matiz muy interesante, porque no solo se detiene en diseñar una complicada integración, sino que, como resultado de ese esfuerzo de concordancia de distintas fuentes, pretende que se obtenga una solución armónica para el caso. Es la denominada “coherencia derivada” que busca la eficiencia, no solo jerárquica sino funcional, del sistema plural y complejo del derecho contemporáneo. Es un esfuerzo por evitar la antinomia, la incompatibilidad o la incoherencia (2).

Como se dijo, el art. 28 del Anteproyecto al regular la integración normativa en el ámbito general de la ley dispone que, para resolver un

---

(\*) Profesora Honoraria de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Directora de la Maestría en Derecho Privado y Directora del Centro de Investigaciones en Derecho civil de la misma Facultad.

(1) Ha sido publicado su texto completo, incluyendo los Fundamentos, en el boletín diario de La Ley, el lunes 17/12/2018.

---

(2) LIMA MARQUES, Claudia, “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”, en *Tratado de Derecho del consumidor*, Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 145.

caso de consumo, deben integrarse las diferentes fuentes, en este orden: 1) la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos; 2) esta ley (para el caso que el Anteproyecto sea ley); 3) el Código Civil y Comercial y 4) las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Por su parte, el art. 36, acerca del funcionamiento de las normas destinadas a la protección contractual del consumidor, propone integrar y armonizar: con las reglas y principios del Código Civil y Comercial y con las leyes especiales que alcanzan a los contratos de consumo, conforme el principio fundamental de protección del consumidor.

Por tanto, el juez o el encargado del funcionamiento de las normas consumeriles, frente a una laguna normativa que lo obligue a emplear el procedimiento de integración, concordando los dos artículos del mismo Anteproyecto de ley, deberá proceder en el siguiente orden:

1) en primer lugar, aplicar las normas legales de: a) la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos; b) la ley especial de defensa del consumidor; c) el Código Civil y Comercial considerando: las reglas generales de los contratos, las especiales en materia de derecho del consumidor que se encuentran en los arts. 1092 al 1122 del Cód. Civ. y Com.; los principios generales para los contratos obrantes en los arts. 958 a 965; por ser un contrato de consumo, los principios específicos de los arts. 1097 a 1099), y d) las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo;

2) en segundo lugar, aplicar la doctrina y la jurisprudencia (art. 28 del Anteproyecto);

3) además, deberá tener presente que “Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho” (art. 1º del Cód. Civ. y Com.).

En cuanto a las leyes especiales a las que se hace referencia frecuente, sin duda son la ley de

lealtad comercial y la ley de defensa de la competencia, además de las numerosas leyes especiales que impactan en la relación de consumo, tales como, la ley de tarjeta de crédito, la ley de tiempo compartido, la normativa de ahorro para fines determinados y la vinculada al contrato de turismo, entre muchas otras.

Lo dicho precedentemente conduce a reflexionar sobre los fundamentos, finalidades y técnicas de la integración normativa como elemento del denominado funcionamiento de las normas. Es encomiable el esfuerzo del codificador de 2012 y de los autores del Anteproyecto actual por dar reglas detalladas para que el juez integre cuando enfrente lagunas normativas. No obstante, parecería que el trabajo para dotar de reglas y explicaciones para ese proceso, como para la interpretación, corresponden más a la doctrina que a la ley, que es preferible dejar mayor libertad a los encargados del funcionamiento de las normas, porque lo esencial es que lleguen a respetar lo querido por las partes y, en este caso, además, es preferible que “sean sensibles a las particularidades del derecho del consumidor” (3), para lo cual no es imprescindible señalar un camino riguroso a seguir.

Por su parte, el art. 36 del Anteproyecto, en su párrafo final, determina que, en *caso de conflicto de normas* debe aplicarse *la que resulte más favorable para el consumidor*. Frente a esta regla cabe preguntarse si aludir a *lo más favorable* es mejor que remitir a *lo menos gravoso*, como hace el Cód. Civ. y Com. en el art. 1095 con relación a la interpretación del contrato que, en caso de duda respecto a los alcances de la obligación del consumidor dispone que debe adoptarse la que sea menos gravosa.

La cuestión puede aclararse si se entiende que, como regla, la interpretación debe ser a favor del consumidor (4) y, por excepción, en

(3) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El derecho del consumidor: Horizontes filosóficos. Su encuadramiento desde la perspectiva de la ‘Teoría general del derecho’. Diálogo con el derecho civil y el derecho comercial. Su carácter interdisciplinario”, en *Tratado de Derecho del consumidor*, cit., p. 27.

(4) RUSCONI, Dante D., “Nociones fundamentales”, en *Manual de Derecho del Consumidor*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 126.



caso de duda, debe aplicarse el clásico principio del *favor debitoris o favor libertatis*, para hacer menos gravosa su situación. En definitiva, se trata de que, cuando existen influencias recíprocas de dos normas, en el mismo tiempo y aplicables al mismo caso, ya sea complementaria o subsidiariamente, se adopte una solución flexible y abierta de interpenetración o, incluso, se opte por la solución más favorable a la parte más débil, en este caso al consumidor (5).

**I.2.** Es evidente que el art. 36 alude a la integración de las normas legales, mientras que el 37 refiere a la integración de las normas contractuales mediante los principios generales que en el mismo microsistema se establecen, como se verá más adelante. Se hace referencia al principio del orden público de protección, el respeto de la dignidad de la persona humana, la buena fe, el ejercicio regular de un derecho y el principio de confianza. Los autores del Anteproyecto omitieron incluir en esta enumeración el principio del consumo sustentable porque ya había sido consagrado en el art. 5° inc. 5°, en consecuencia, a pesar de no estar mencionado en el art. 36, es importante tenerlo presente como principio esencial para la integración de las normas contractuales.

Respecto al funcionamiento de las normas, que comprende la interpretación, la elaboración (integración) y la aplicación, hay que señalar que no se incluyeron reglas referidas a la interpretación, pues es probable que se haya preferido dar prevalencia a lo normado en los arts. 1094 y 1095 del Cód. Civ. y Com., en tanto que para la elaboración frente a las lagunas que presente un contrato de consumo, las reglas para la integración normativa general serán las incluidas en el art. 1094 del Cód. Civ. y Com. y en el art. 37 del Anteproyecto.

Como es sabido, la integración del contrato aparece como necesaria cuando el negocio presenta lagunas, carencias que pueden ser originarias, en el sentido que las partes no previeron una determinada situación o, bien, sobrevenidas, cuando el tribunal declara la nulidad de alguna cláusula del contrato. En ese proceso de completar los vacíos del negocio jurídico

(5) LIMA MARQUES, Claudia, "La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes", cit., p. 148.

se puede recurrir a otras normas de este, se trabajaría por autointegración del negocio (6). Para ello, los requisitos que el art. 39 exige sean incluidos en todo contrato resultan una ayuda invaluable. Puede suceder también que deba recurrirse a otras normas extrañas al propio contrato que se integra, procedimiento denominado heterointegración, y allí juegan un papel protagónico los principios generales enunciados en el Código Civil y Comercial y en el Anteproyecto. En cualquiera de los dos casos es fundamental tener claro que es el tribunal quien completa el vacío, que ya no es la tutela legal ni contractual, es una decisión fundada del juez.

Se ha dicho que en presencia de un contrato de consumo la integración deberá ser a favor del consumidor, pues si el negocio jurídico tiene lagunas no ha sido por el obrar del consumidor sino por el obrar del proveedor. El tribunal debe ponderar rigurosamente las circunstancias de persona, tiempo y lugar, orientada a recomponer el vínculo desquiciado (7).

Según el mismo art. 37, en la integración del contrato es necesario considerar la hipervulnerabilidad de ciertos grupos de consumidores (8). Se aplica así en concreto el principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad previsto en el inc. 6 del art. 5° del Anteproyecto. Se ordena al juez o al funcionario encargado de la integración considerar cómo proteger a grupos que padecen una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales.

## II. Los principios generales en la protección contractual del consumidor

**II.1.** En los arts. 35 a 37, el Anteproyecto de ley refiere a los principios que rigen la materia

(6) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Complejidad del funcionamiento de las normas", LL 2008-B-782.

(7) BAROCELLI, Sergio S., "La problemática de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el Código Civil y Comercial", RCCyC 2016 (mayo), 5/5/2016, 235.

(8) Acerca del concepto y la aplicación de este principio a varios casos de la vida real, pv. CARRANZA ÁLVAREZ, César, "La 'vulnerabilidad' del consumidor como criterio informante en la resolución de conflictos de consumo: una propuesta desde el derecho peruano", SJA 6/12/2017, p. 52; ARIAS, María Paula, "Lineamientos hermenéuticos sobre prácticas y cláusulas abusivas, con especial referencia a los sujetos hipervulnerables", SJA 6/12/2017, p. 26.

contractual. Sin duda hacen referencia a esos principios del derecho que Larenz define como “pautas orientadoras de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden justificar decisiones jurídicas” (9). Además de los principios generales, básicos, fundamentales, pueden distinguirse principios secundarios, que atañen a un subsistema particular y que constituyen una derivación razonada de los principios fundamentales, por ejemplo, los que corresponden al subsistema de protección al consumidor (10). Los principios iluminan y guían el funcionamiento de las instituciones del Derecho del Consumidor, inclusive el contrato de consumo, y encuentran en el art. 1094 del nuevo Código de Derecho privado un marco dogmático de sustentación (11).

Los principios generales deben ser considerados como instrumentos técnicos de suma importancia para la dogmática jurídica. Wieacker destaca muy bien la necesidad de precisar esos principios, cuando dice que considerarlos “como un simple ‘derecho equitativo’ significaría, en última instancia, renunciar a precisarlos desde el punto de vista de la teoría jurídica” (12).

Los principios generales del Derecho civil y comercial, ahora puntualizados en el derecho positivo argentino en el Título Preliminar del Código civil y comercial, regulan todas las relaciones jurídicas privadas y, por supuesto, las que relacionan consumidor y proveedor. En el sistema del nuevo Código esos principios son complementados, en la medida, que se trate de una relación jurídica contractual, con los principios de los arts. 957 a 965 del mismo Código y, si se trata de un contrato de consumo, deben considerarse también los principios específicos enunciados en los arts. 1097 a 1099: libertad de

contratar, no discriminación y principio de dignidad de la persona.

El Anteproyecto de ley propone, a su vez, en el art. 37 que el juez emplee los principios generales que enumera específicamente (principio del orden público de protección, respeto de la dignidad de la persona humana, buena fe, ejercicio regular de un derecho y principio de confianza) no solo para la integración del contrato cuando fuere menester, sino también a fin de analizar desde esa perspectiva las diferentes etapas del contrato de consumo. De acuerdo con el espíritu general del Anteproyecto, a lo dispuesto en el art. 40 y a la tradición consumeril, esos principios regulan no solo las diferentes etapas del contrato sino también el período antecontractual o precontractual.

En la última parte del art. 37 se introduce de nuevo el reconocimiento de la hipervulnerabilidad de algunos grupos humanos, cuestión regulada en el art. 3º del Anteproyecto, ordenando al juez en esos casos *acentuar* la aplicación del contenido de la norma.

**II.2.** El Código Civil y Comercial, como ya se mencionó, destaca como fundamental en el ámbito del contrato de consumo la *libertad de contratar* de la que debe gozar el consumidor, para lo cual el art. 1099 dispone que deben prohibirse las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, por ejemplo, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.

Libertad de contratar supone también libertad de elección, cuestión vinculada en forma directa con la lealtad y la competencia comercial, temas que son parte de la protección del consumidor pero que, por la extensión de este trabajo, no es posible asumir en esta oportunidad. Proteger la libertad de elección del consumidor es un límite evidente a la libertad económica del proveedor, quien puede ejercer su autonomía privada en la medida en que no impida esa libertad del consumidor (13).

(13) Respecto a la libertad de elección, puede verse ROSSI CARLEO, Liliana, “La libertà di scelta del consumatore finale di fronte alle pratiche commerciali”, en *I contratti del consumatore*, a cura di Guido Alpa, Giuffrè

(9) LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, p. 418.

(10) SANTARELLI, Fulvio, *Contrato y mercado*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 26.

(11) HERNÁNDEZ, Carlos A., “El ‘contrato de consumo’ en el contexto de la ‘teoría general del contrato’. A propósito del Código Civil y Comercial (expresión de una nueva estructura tipológica)”, SJA 30/3/2016, AP Online: AP/DOC/188/2016.

(12) WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, trad. José Luis Carro, Civitas, Madrid, 1986, p. 28.

El Codificador ha subrayado como prácticas abusivas algunas técnicas de marketing y comercialización que tienen por finalidad inmediata coartar la posibilidad de que el consumidor pueda optar entre elegir uno u otro producto al momento de celebrar su contrato (art. 1099 del Cód. Civ. y Com.). Este principio debe ser correctamente aplicado porque, por ejemplo, puede condenarse la práctica de “venta atada” porque viole ese principio, pero debe observarse que, en efecto, coarte la autonomía del consumidor, lo que no ocurre cuando existe en el mercado ofertas múltiples del mismo producto (14).

Esa libertad, como es sabido, es una de las manifestaciones de la autonomía privada, principio que es un eje estructural en el ámbito contractual y que alcanza perfiles diferentes en cuanto a las relaciones de consumo ya que debe desplegarse a ultranza en favor del consumidor y, en cambio, tiene fuertes limitaciones para el proveedor. Se trata de un esfuerzo de las normas consumeriles por alcanzar alguna simetría en relaciones que, por su naturaleza, son desequilibradas a favor del proveedor.

**II.3.** Esa autonomía privada encuentra su principal límite en el *principio del orden público*, entendido “como una barrera infranqueable conformado por normas imperativas, prohibitivas e inmutables, pero en realidad por su inmanencia es una supranoción que surge de la concepción de órdenes superiores: éticos, sociales, filosóficos, políticos, económicos o religiosos predominantes en un momento y lugar determinado que se consideran indispensables atender para la conservación de la sociedad que los observa, lo cual lleva a la evolución y a la pérdida de la inmutabilidad como consecuencia del carácter dinámico que tienen los hechos sociales que varían en el tiempo y en el

espacio” (15). Más sintéticamente se dijo que el orden público es el conjunto de creencias, valores, y conductas que, en una sociedad o comunidad determinada, en un tiempo también determinado, conforma su conciencia axiológica y social media, la que constituye un interés general irrenunciable (16).

En el Derecho del consumo interesa sobre todo el orden público económico, que es una especie del orden público general. Se distingan el orden público económico de dirección y el orden público económico de protección. El primero se integra con un conjunto de normas obligatorias, referidas al mercado, como instrumento de organización económica de la sociedad. El orden público económico de protección refiere al conjunto de normas que tienen por finalidad amparar a los débiles en el mercado (17). Ambas facetas del orden público económico tienen especial incidencia en la protección del consumidor y, por supuesto, en el Anteproyecto.

Este principio aparece consagrado en el art. 12 del Cód. Civ. y Com. y, ahora, el art. 35 del Anteproyecto propone considerarlo cuando alude al principio de obligatoriedad del contrato en su primera parte: “Los contratos de consumo obligan dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. Hay que concordar ese artículo con el 1093 del Cód. Civ. y Com. y sobre todo con el art. 959 del mismo Código que establece el efecto vinculante

(15) VIDAL TAQUINI, Carlos H., “El orden público y las relaciones personales”, LL 2013-B-793; p.v. también LUQUI, Roberto Enrique, “Reflexiones sobre el concepto de orden público”, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., 28/4/2016, p. 5 - LL 2016-C-660; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El orden público y las convenciones particulares”, en RDPC, nro. 2007-3, p. 107; MÜLLER, Enrique Carlos, “Ejercicio regular y ejercicio abusivo de los derechos: orden público y buenas costumbres o moral social”, en RDPC nro. 2007-3, p. 19; PIÑÓN, Benjamín Pablo, “El orden público en la Constitución, en la ley y en el Derecho”, en RDPC, nro. 2007-3, p. 7; HERNÁNDEZ, Carlos A. - ESBORRAZ, David - FRESNEDA SAIEG, Mónica L., “La norma de orden público y su funcionamiento”, ED del 30 de enero de 1996, p. 1.

(16) VÍTOLO, Daniel Roque, “Principios Generales del Título Preliminar del nuevo Código”, LL 2016-C-700.

(17) NICOLAU, Noemí, *Contratos en el Código Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 57.

Editores, Milano, 2014, p. 104. Es muy interesante el caso que analiza SEREBRINSKY, Diego, “El caso ‘Uber’ en los Estados Unidos: un fallo ejemplar sobre el derecho de los consumidores a la libertad de elección”, LL 2017-A-117.

(14) CNCiv. y Com. Fed., sala II, 21/6/2016, “Molinos Río de La Plata SA s/resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia”, LL 2016-D-577. P.v. también TAMBUSI, Carlos E., “Sanción administrativa para la ‘venta atada’ como práctica abusiva”, LCABA 2018 (diciembre), p. 3.

del contrato en general “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”.

El segundo párrafo del art. 35 del Anteproyecto, dice: “Los jueces tienen facultades para morigerar o revisar sus estipulaciones cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecte el orden público”. De alguna manera se traslada allí el contenido del art. 960 del Código civil y comercial, con una diferencia sustancial en los supuestos que se exceptúa su aplicación. Es que en ese artículo se faculta al juez para intervenir de oficio cuando el orden público se afecta *de modo manifiesto*. En cambio, el Anteproyecto, con buen criterio, propone un texto similar al del Código, pero suprime “de modo manifiesto”, de manera tal que aunque la violación del orden público no sea “descubierta, patente, clara”, el juez puede (o debe ¿?) investigar de oficio y ponerla entonces al descubierto.

**II.4.** En el art. 37 proyectado se incorpora en forma expresa el *principio de confianza* que, si bien subyace en el sistema de derecho privado, en el Cód. Civ. y Com. encuentra solo una referencia precisa en el art. 1067, cuando dispone que en la interpretación del contrato debe protegerse la confianza. El nuevo Código significó un adelanto, dado que el derecho privado clásico no consignaba en general los principios y, mucho menos aun, el de confianza. Excepcionalmente, el Código civil italiano de 1942, gran adelantado de su tiempo, refiere a ella en su art. 1338, que obliga a pagar los daños a la parte que, conociendo las causas de invalidez de un contrato, no dio noticia a la otra que lo celebró confiando, sin su culpa, en la validez.

Este principio podría enunciarse diciendo que *todo aquel que, con sus conductas o sus manifestaciones de voluntad, suscite en otra una razonable creencia con respecto a ellas, está obligado a no defraudar esa expectativa, y, en caso contrario, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados* (18). No deben defraudarse las ex-

pectativas creadas en otras personas mediante determinadas conductas, siempre que esas personas tengan expectativas legítimas y fundadas. El principio de confianza es bilateral, pues, ambas partes reciben protección. Se emplea para juzgar las conductas, no solo de quien confía, porque es precavido, razonable (19), sino también para proteger a quien crea la expectativa, cuando es de buena fe, y es confiable porque tiene antecedentes de tal.

Es una herramienta para la interpretación del contrato y un parámetro que debe observarse durante el período de las *tratativas preliminares del negocio* (20). En la discusión acerca de si es un principio general del derecho o una teoría, es posible afirmarlo como un principio que se relaciona con otros, como ser la buena fe y el de orden público de protección, ambos de jerarquía superior. Posee un enorme contenido ético desarrollado en el campo de las relaciones interindividuales (21).

A. Giuffrè, Milano, 2004, p. 417 y ss.; p.v. PIETROBON, Vittorino, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. y anotac. Mariano Alonso Pérez, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1971, p. 108, sería un principio conforme al cual el juicio sobre la existencia, alcance y validez de las relaciones jurídicas no depende tanto de las cuestiones formales acerca de los elementos de la relación, cuanto de investigar la probidad en el comportamiento de los sujetos de esas relaciones, analizar cómo cada uno de ellos satisface con probidad sus intereses. P.v. también BIANCA, C. Massimo - PATTI, Guido - PATTI, Salvatore, *Lessico di Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 28.

(19) Las dificultades se plantean en los casos de la vida real cuando resulta dificultoso juzgar la conducta del consumidor razonable, según lo explica muy acertadamente CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “¿Qué hacer ante las decisiones ‘no racionales’ de los consumidores?”, LL del 19/10/2017, p. 3, AR/DOC/2783/2017.

(20) Precisamente LARENZ, Karl, op. cit., p. 421, señala que la relación de la responsabilidad precontractual con el principio de confianza y la idea de protección “fue un descubrimiento jurídico” con el que se logró un importante desarrollo del Derecho que trasciende los planteamientos legales.

(21) REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 376, dice que el principio de confianza: “es un principio de derecho de gran contenido ético, con desenvolvimiento en el campo interindividual, de especial significación en las relaciones jurídicas patrimoniales, que impone a quienes participan en el tráfico un particular deber de honrar las expectativas despertadas en los demás,

(18) NICOLAU, Noemí L., “La teoría de la confianza en el derecho civil actual”, en *A l'Europe du troisième millénaire: mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi: à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*,

Parece una utopía que el régimen legal exija a la sociedad actual un accionar de buena fe, que sea posible confiar en las conductas, porque se advierte una fuerte claudicación de la confianza, esa pérdida parece ser un signo distintivo de la posmodernidad(22). No obstante el sistema jurídico no debe claudicar y no lo hace en especial en las relaciones de consumo, ámbito en el que es muy exigente porque enfrenta relaciones desequilibradas. En ese sentido, es bueno distinguir la responsabilidad de “profanos” y “profesionales”, estos son los que están obligados a responder cuando crean expectativas falsas, cuando sus conductas suscitan confianza en los profanos que, como tales, tienen menos elementos para juzgar diligentemente las conductas ajenas(23).

Es evidente que el principio de protección de la confianza sufre la mayor vulneración con las conductas que encuadran en el fraude a la ley o a los acreedores, de modo que, aun cuando el sistema puede flexibilizarse respecto a admitir ciertas conductas que violan la confianza, frente a los casos de conductas fraudulentas, las exigencias y las consecuencias seguirán siendo todo lo grave que deban ser para sancionar extremos tan importantes.

### III. La protección antecontractual

Bajo esta denominación empleada en el capítulo II del título II puede entenderse que los autores del Anteproyecto refieren a la clásica responsabilidad precontractual (24).

---

en cuanto sean legítimas y fundadas, tanto en la etapa previa a la conclusión del contrato como en su desarrollo y en el tramo poscontractual”. P.v. también WEINGARTEN, Celia, *La confianza en el sistema jurídico*, Ed. Cuyo, 2003; TRIVISONNO, Julieta B., “Comercio electrónico, responsabilidad y confianza”, SJA 17/10/2018, 17/10/2018, p. 63.

(22) LYOTARD, Jean-Francois, *La condición postmoderna*, trad. M. Rato, Cátedra-Teorema, Madrid, 1994, 5a. ed., p. 37.

(23) El rol de los sujetos según el contexto social en que operen y en relación con los principios generales, p.v. ALPA, Guido, “Les nouvelles frontières du droit des contrats”, en *Revue internationale de droit comparé*, 1998 (4), ps. 1025 y ss.

(24) No puede obviarse la mención del clásico en esta materia, BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, La Rocca, Buenos Aires, 1987. Acerca de la nueva denominación SOZZO, Gonzalo, *Antes del contrato. Los*

En el lenguaje y el contexto del Cód. Civ. y Com. podría decirse que refiere a la protección del consumidor durante las *trativas contractuales* y a partir del momento en que se pone en contacto con el proveedor. El art. 990 reconoce la libertad de las partes para promover tratativas y para abandonarlas en cualquier momento y el art. 991 exige obrar de buena fe durante las tratativas preliminares para no frustrarlas injustificadamente.

Los arts. 40 y 41 del Anteproyecto superan la regulación del Cód. Civ. y Com. en esta materia porque, no solo prevén la responsabilidad del proveedor, sino que regulan la posibilidad de pedir la nulidad del contrato, reproduciendo en forma textual el art. 37 de la ley 24240, en su primera parte. Es evidente que no se reprodujo lo atinente a la nulidad parcial del contrato que ese artículo consideraba ya que no era menester, pues, en la actualidad esa consecuencia está regulada en el art. 389 *in fine* y en los arts. 989 y 1122 del Cód. Civ. y Com.

En el período previo a la celebración del contrato están bien protegidos los derechos de los consumidores, esos que se detallan en una enumeración interesante del art. 40 del Anteproyecto, porque, a los ya reiteradamente protegidos por las normas legales (el derecho al trato equitativo y digno y el derecho a la información), se agregan allí el derecho a la “protección de los intereses económicos de los consumidores” y el “derecho a la seguridad”. Respecto a los derechos al trato equitativo y digno y a la información no se puede extender este trabajo porque han de ser tratados al analizar los artículos pertinentes del Anteproyecto.

En cuanto al derecho a la información, contracara del deber precontractual de informar a cargo del proveedor, solo interesa acotar que este derecho y deber se vincula con la publicidad (25),

---

*cambios en la regulación jurídica del período contractual*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005. P.v. también, NICOLAU, Noemí Lidia, “La responsabilidad precontractual en la relación de consumo”, en *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, dir. Picaso - Vázquez Ferreyra, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 591; MÁRQUEZ, José Fernando, “Responsabilidad civil por ruptura de tratativas contractuales”, LLC 1991-563.

(25) Es importante incluir dentro del deber de información a la publicidad que si bien no tiene por finalidad

que la cuestión está reglada en los arts. 1101 al 1103 del Cód. Civ. y Com. y que el Anteproyecto vuelve sobre la información precontractual en el art. 86, imponiendo reglas bien específicas: “Con carácter previo a la formalización de un contrato de crédito para el consumo, cualquiera sea la modalidad de la operatoria, el proveedor debe suministrar, la información mencionada en el artículo 85. Cualquier documentación que se exhiba o entregue al consumidor deberá ajustarse al contenido mínimo mencionado”.

Sin duda, el art. 40 amplía los derechos del consumidor porque con una fórmula abierta hace responsable al proveedor por “afectar sus intereses económicos” (26), concretando de ese modo, una vez más, la protección constitucional de los derechos del consumidor prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional que menciona en forma puntual la protección de sus intereses económicos.

La nueva norma protege al consumidor contra las deficiencias en la información y publicidad de los servicios y productos, contra la in-

---

primaria la información, en numerosos casos informa, v. TORINO, Raffaele, “I Contratti dei consumatori nella prospettiva europea”, en *I contratti del consumatore*, cit., p. 77; ALPA, Guido, “Gli obblighi informativi precontractuali nei contratti di investimento finanziario, per l’armonizzazione dei modelli regolatori e per l’uniformazione delle regole di diritto comune”, en *I contratti del consumatore*, cit., p. 1005; STIGLITZ, Rubén - STIGLITZ, Gabriel, “Responsabilidad precontractual. Deberes secundarios de conducta. Incumplimiento del deber de información. Relevancia en los contratos de consumo”, JA 1992-IV-749; JAPAZE, Belén, “La publicidad comercial y las prácticas comerciales”, en *Manual de Derecho del Consumidor*, cit., p. 258; ZENTNER, Diego, “Los contratos de consumo”, en *Manual de Derecho del Consumidor*, cit., p. 322; HEREDIA, Pablo D., “La información precontractual bancaria”, RCCyC 16/12/2016, 37.

(26) Acerca de la raigambre constitucional y convencional de este derecho a la protección de los intereses económicos, ver ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “Un país al margen de la ley. (De la Constitución. De las Convenciones)”, LL 2016-E-18; CNCom., sala F, 8/8/2013, “De Luca, Sandra Elena c. Hsbc Bank Argentina S.A. y otro s/ordinario”, LL 2013-F-334 - RCyS 2014-I-32. Se afectan los intereses económicos de los consumidores, por ejemplo, cuando se les impide pagar las cuotas de sus préstamos porque el acreedor no organiza ni determina una forma razonable para el cobro, v. C1ª Civ. y Com. San Nicolás, 12/11/2013, “Usuarios y Consumidores Unidos c. EleKtra Argentina S.A.”, LL Online: AR/JUR/88652/2013.

correcta prestación de los servicios, frente a los problemas en las facturaciones, en las interrupciones de los servicios domiciliarios.

Proteger los intereses económicos del consumidor implica, por ejemplo, que los fabricantes y distribuidores aseguren el adquirente un correcto servicio de posventa y la existencia de repuestos de los bienes que comercializan (27). Afecta los intereses económicos del consumidor adquirir productos que no tienen un adecuado suministro de partes y repuestos asegurados durante un período razonable después de su adquisición. Esta cuestión se vincula con la obsolescencia de los productos que puede ser programada, es decir que se planifica por el fabricante el fin de la vida útil de un producto para que resulte obsoleto o inservible y, por lo tanto, deba sustituirse en un corto plazo, período que ha sido calculado por el fabricante. Este caso extremo se ha considerado como una práctica abusiva que perjudica en forma clara los intereses económicos de los consumidores (28). Al respecto, el art. 40 debe concordarse con el art. 56 del Anteproyecto en el que se establece con todo detalle la obligación de garantía de suministro de partes y repuestos.

Puede suceder que en el período precontractual el consumidor vea afectado sus intereses económicos aunque no pueda probar un daño. Es lo que podría suceder frente al incumplimiento de un supermercado que publicita adhesión a determinados precios cuidados y no los pone a disposición de los consumidores de manera ininterrumpida (29). Asimismo

---

(27) STIGLITZ, Gabriel, “Derecho de los consumidores. Reconocimiento internacional. Incidencia de los Tratados”, en *Tratado de Derecho del consumidor*, cit., p. 372; CALDERÓN, Maximiliano R., “La provisión de repuestos importados y la Ley de Defensa del Consumidor”, LL 2018-F-172; ARIAS, María Paula - QUAGLIA, Marcelo C., “La garantía por servicio técnico adecuado y provisión de repuestos en el estatuto del consumidor”, LL del 12/11/2018.

(28) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., “Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo”, RDAMB 55, 28/9/2018, 57.

(29) P.v. CNContenciosoadministrativo Fed., sala II, 6/11/2014, “INC S.A. c. DNCI s/recurso directo de organismo externo”, LL Online: AR/JUR/60186/2014.

se afectan esos intereses, por ejemplo, por una publicidad engañosa. Concordando el art. 40 con el 1101 del Cód. Civ. y Com. si la publicidad contiene “indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor”, y el engaño recae “sobre elementos esenciales del producto o servicio” es publicidad prohibida y debe repararse el daño. Pero, si el engaño no recayera sobre esos elementos y no pudiera aplicarse esa norma, sin embargo, el consumidor podría reclamar si se afectaran sus intereses económicos en el supuesto, por ejemplo, en que confiando en una publicidad engañosa que indica falsamente que hay un determinado *stock*, se traslada a una ciudad próxima con legítimas expectativas, luego defraudadas por la inexistencia de ese *stock*.

Como se dijo, el consumidor tiene también derecho a la seguridad en las tratativas contractuales. La seguridad puede ser material y también jurídica. La seguridad material implica no solo la seguridad física de las personas (30) sino la de sus bienes. Por ejemplo, tendrá derecho a la reparación del daño si se encuentra en las tratativas para la compra de un producto que se ofrece probar y, en esas circunstancias, sufre un daño por la falta de seguridad del producto.

Crea cierta duda la interpretación que deba hacerse respecto a algunos términos o conceptos de este artículo. Por un lado, qué debe entenderse por “las situaciones antecontractuales” y “en la etapa previa a la conclusión del contrato o su celebración”. Este párrafo parece

diferenciar las “situaciones antecontractuales” de las situaciones “de la etapa previa a la celebración del contrato”, lo que no queda claro porque si está en la etapa previa es antecontractual. Parece también diferenciar la *conclusión* del contrato de la *celebración*, conceptos que no cabe diferenciar pues el momento de la conclusión es la parte final de la celebración.

El último párrafo del artículo determina que el proveedor es responsable frente al consumidor por *la violación de esos derechos* que se enuncian y, además, por *los daños que generen*. Se trata de un acierto, porque no solo habilita al consumidor para reclamar daños, que deberá probar, sino para reclamar que se pongan en marcha las sanciones administrativas que pudieran corresponder (arts. 144 y ss. del Anteproyecto).

Es imprescindible concordar los arts. 40 y 41 con los arts. 44 y 50. Este último otorga varias opciones al consumidor frente a los efectos del incumplimiento de obligaciones surgidas de situaciones ante contractuales, de la oferta, de la publicidad o del contrato. Lo faculta para exigir cumplimiento forzado, reclamar otro producto o prestación de servicio económicamente equivalente o resolver el contrato mediante la notificación fehaciente de su voluntad extintiva. Entre los efectos que se contemplan frente al incumplimiento de los deberes antecontractuales no está incluido el derecho a solicitar la nulidad del contrato porque ya está consagrado en el art. 41 (31).

#### IV. La formalización del contrato de consumo

Este título, integrado por dos artículos, comienza incorporando a la normativa argentina una regla poco feliz del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España contenida en su art. 62. Exige que en el contrato conste en forma inequívoca la *voluntad de contratar del consumidor o, en su caso, de poner fin al contrato* (art. 38). Es obvio que para que exista contrato válido, sea de consumo o paritario, debe existir voluntad de contratar. Si se prueba que no se perfeccionó

(30) Acerca de la seguridad física existe una nutrida jurisprudencia que habilita el reclamo de los daños derivados de la afectación de ese derecho: C3ª Civ. y Com. Córdoba, 12/4/2018, “Beltramone, Augusto Pablo c. Municipalidad de Córdoba y otro s/ordinario - daños y perjuicios - otras formas de responsabilidad extracontractual”, LL Online: AR/JUR/15388/2018; CNCiv., sala B, 12/2/2016, “De Falco, Hugo Claudio y De Falco, Claudia c. Supermercados Mayoristas Makro S.A y otro s/daños y perjuicios”, RCyS 2016-VII-193; CCiv. y Com. Jujuy, sala I, 19/2/2015, “Ruiz, María Mercedes c. Alberdi S.A. / Empresa Comodín s/sumarísimo por protección y defensa del consumidor”, LL Online: AR/JUR/4993/2015; C3ª Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. Mendoza, 4/2/2014, “Segovia, Carmen c. Jumbo Retail Argentina S.A. s/d. y p.”, LLGran Cuyo 2014 (mayo), 425 - RCyS 2014-IX-206; CNCiv., sala K, 5/11/2013, “Díaz, Raúl Héctor c. Arcos Dorados S.A. s/daños y perjuicios”, RCyS 2014-III-91 - DJ del 30/4/2014, p. 95.

(31) DI DONNA, Luca, “I rimedi nella fase precontrattuale”, en *I contratti del consumatore*, cit., p. 298, muestra las diversas perspectivas entre la sanción de nulidad y la resolución del contrato.

el consentimiento por no existir voluntad válida del consumidor no habrá contrato.

El art. 39 por su parte consigna una dura exigencia de solemnidades que debería flexibilizarse mediante la interpretación y aplicación de las normas generales. Es que se impone que *todo* contrato de consumo deba formalizarse por instrumento privado, salvo dos excepciones, el contrato a distancia, o el que deba celebrarse en escritura pública. Se opta por exigir instrumento privado, es decir, se descarta la forma escrita y el instrumento particular, de acuerdo con las denominaciones de los arts. 286 y 287 del Cód. Civ. y Com. Para contratos de la vida cotidiana se opta por una forma muy exigente, aunque, por supuesto, de menor envergadura que el instrumento público.

Se impone el instrumento privado y en él la constancia escrita de requisitos específicos, sin perjuicio de los que puedan exigirse en otras normas. Debe constar en el instrumento privado: “La descripción y especificación del bien o servicio; Nombre y domicilio del proveedor, en especial de quien lo comercializa, fabrica, distribuye o importa, cuando correspondiere; La mención de las características de la garantía o conformidad conforme a lo establecido en esta ley; Plazos y condiciones de entrega; El precio y condiciones de pago, si lo hubiere; costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente”.

Esta norma debe concordarse con el art. 54 del Anteproyecto, relativo al certificado de garantía de cosa mueble, que remite al art. 39 y agrega requisitos y, también, con el art. 89 que impone forma escrita para los contratos de crédito para el consumo. Cabe advertir que este último artículo exige menos que el art. 39, a pesar de ser una norma especial destinada a regir un contrato que habitualmente tiene mayor contenido económico y obligaciones, como suele ser el contrato de crédito para el consumo.

Dado que la forma impuesta no lo es bajo sanción de nulidad se consagra una forma no solemne, de modo que, si el contrato “no se otorga en la forma exigida no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad” (art. 285 del Cód. Civ. y

Com.). Como puede observarse, en pos de proteger al consumidor se crea una verdadera complicación. Por ejemplo, es usual que el contrato para la adquisición de un electrodoméstico se celebre en forma verbal y se extienda una factura o *ticket*. En caso de conflictos el consumidor debería demandar el otorgamiento del instrumento privado y, aplicando las soluciones jurisprudenciales, podría demandar al mismo tiempo por el cumplimiento del contrato.

Es indudable que la intención del autor de la norma es proteger a ultranza al consumidor, pues es evidente que el instrumento privado proporciona grandes seguridades, una buena prueba para el caso de conflicto, elementos ciertos para conocer sus derechos y obligaciones y sobre todo tendrá el consumidor constancia escrita de los elementos esenciales del contrato, pues a eso apuntan los requisitos que deben constar en el documento. Esas constancias serán útiles también al momento de la autointegración del contrato, como se vio más arriba, cuando haya que integrar las lagunas con sus propias normas. Sin embargo, esta exigencia de solemnidades y, sobre todo, aquello de que deberá “constar en forma inequívoca” la voluntad de contratar es objetable, pues no condice con el sentido común ni con la realidad de las relaciones de consumo, ya que innumerables contratos de consumo se celebran a cada momento en forma verbal y resulta imposible hacerlo por escrito, y mucho menos, mediante instrumento privado, dada la celeridad de las transacciones.

En los Fundamentos de la Comisión redactora, se cita como fuente del art. 39 el art. 63 de la ley española, no obstante ella exige la formalización por escrito *o en otros soportes de naturaleza duradera, cuando legal o reglamentariamente se imponga esa solemnidad*, no la impone la ley general. En cambio, en la propuesta argentina se opta por incluir en la ley general la forma más rígida.

Por otra parte, los propios antecedentes argentinos indican mayor flexibilidad. La ley 24.240 no exige en ningún caso instrumento privado e, inclusive, admite no exigir forma escrita respecto de la contratación en torno a cosas consumibles de escaso valor. El art. 10, reformado por la ley 26.361, remite a la reglamentación que será la que establecerá modalidades



más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida por ella. Otra excepción que contempla la ley vigente es la formalización de los contratos fuera del local comercial, pues si bien el segundo párrafo del art. 32 establece que “El contrato debe ser instrumentado por escrito y con las precisiones establecidas en los artículos 10 y 34 de la presente ley”, se agrega, con buen criterio: “Lo dispuesto precedentemente no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado”.

Esta última excepción es la que, al menos, debería incluirse en el art. 39 del Anteproyecto.

Como conclusión del breve análisis realizado a los artículos del Anteproyecto relativos a los principios rectores de la protección del consumidor en el período antecontractual y contractual, puede afirmarse que constituyen un plexo normativo de suma utilidad en su aplicación práctica y un instrumento útil para armonizar las normas del sistema del Código de Derecho privado con las del subsistema del consumidor.



# La oferta y la publicidad en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

CARLOS M. IBÁÑEZ (\*)

## Capítulo 3 - La oferta

*“Art. 42.— Oferta. Equiparación. La oferta es la declaración unilateral de voluntad dirigida a persona determinada o al público, realizada con la intención de contratar por medio de ella si es aceptada y que contiene los elementos y cláusulas suficientes para formar un contrato.*

*“Se equipara en sus efectos a la oferta toda información o publicidad, difundida por cualquier medio de comunicación con relación a productos o servicios, que se proporcione por medios publicitarios, siempre que cumpla con los requisitos establecidos para la oferta.”*

### I. Doble regulación

El art. 42 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (ALDC) regula la oferta en el ámbito del contrato de consumo, aun cuando el Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) ya define la oferta en su art. 972.

La normativa de los contratos en general contenida en el título II del Libro Tercero del Cód. Civ. y Com., que constituye la teoría general del contrato (abarca lo relativo al consentimiento, capacidad, objeto, causa, forma, prueba, vicisitudes, etcétera), es aplicable a todos los contratos,

salvo las modificaciones o derogaciones que resulten de los regímenes especiales, como acontece con las normas y los principios de los contratos de consumo, que están regulados en el título III Libro Tercero del propio Cód. Civ. y Com., de las normas de la LDC, y de toda otra norma especial referida a los contratos de consumo.

Así lo dispone expresamente el art. 1094, segundo párrafo del Cód. Civ. y Com., donde se establece que “las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable”, y que “en caso de duda sobre la interpretación de este código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”. En igual sentido, el art. 36 del ALDC dispone: “Las normas de este Título se integran y armonizan con las reglas y principios del Código Civil y Comercial, como así también con las leyes especiales que alcanzan a los contratos de consumo conforme el principio fundamental de protección del consumidor. En caso de conflicto de normas, se aplicará la que resulte más favorable para el consumidor”.

Por lo tanto, que el ALDC defina la oferta en el art. 42 no debe hacer suponer que el contrato de consumo tiene una regulación totalmente autónoma, y que no se rige también por las Disposiciones Generales de los Contratos que están contenidas en el Cód. Civ. y Com. (título II del Libro Tercero), en lo no modificado (1).

---

(\*) Vocal de la Excma. Cámara Civil y Comercial de Tucumán; Profesor Titular de Contratos en la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. Profesor Asociado de Contratos en la Universidad Nacional de Tucumán. Libros publicados: *Extinción Unilateral del Contrato* (Hammurabi, 2018), *Derecho de los Contratos* (Ábaco, 2010), *Resolución por Incumplimiento* (Astrea, 2006), *Contrato de Juego y Apuesta* (UNT).

---

(1) FRUSTAGLI, Sandra A. (en *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Nicolau-Hernández

Como en todo contrato, el consentimiento en los contratos de consumo implica la existencia de una oferta y de una aceptación, salvo que tiene la particularidad de la protección del consumidor, dada su condición de débil jurídico en el contrato. Esto es lo que justifica la existencia de normas que, más allá de la regulación contenida en el Cód. Civ. y Com., tienden a poner de manifiesto la diferencia de régimen con los contratos paritarios. Lo mismo ocurre con los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas, que también tienen modificaciones con relación a la normativa común, propia de los contratos paritarios (arts. 984 a 989 Cód. Civ. y Com.).

En el caso concreto de la oferta, en los contratos de consumo existe una diferencia sustancial con la de los contratos paritarios, por cuanto la “proposición dirigida al público”, no es *invitación a ofertar* sino *oferta*, si es que cumple además con todos los requisitos de ella (2).

## II. Concepto de oferta

La oferta es la declaración de voluntad o manifestación que una de las partes formula a otra proponiendo la celebración de un determinado contrato, el que quedará concluido con su aceptación. El art. 42 del ALDC la define expresamente como la “declaración unilateral de voluntad”, mientras que el art. 972 del Cód. Civ. y Com. alude a que es “la manifestación” de una de las partes.

La oferta representa la primera declaración de voluntad de contratar efectiva y seria, y no

---

directores, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 467) expresa que “el contrato de consumo se perfeccionará con la sola aceptación del consumidor, ante la ausencia de disciplina específica, rigen las reglas de la teoría general del contrato en materia de aceptación y momento perfectivo”.

(2) Con relación al régimen de la ley 24.240, dice Lorenzetti, Ricardo L. (en *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 237), que “la ley presupone la existencia de una oferta, es decir, una propuesta de celebración del contrato con todos los elementos constitutivos de la misma, tema que debe ser examinado conforme a las reglas generales del Código Civil en la materia”. En cambio, en el régimen del ALDC, los requisitos de la oferta están establecidos específicamente en el art. 42, sin necesidad de tener que recurrir a lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com.

simplemente una voluntad de negociación o información (3).

Una vez que ha sido aceptada, la oferta constituye uno de los extremos del consentimiento e integra el contenido del contrato, por lo que con su emisión las partes han salido de la etapa de las tratativas previas, si las hubiera habido, porque con la aceptación el contrato queda concluido y no se requiere de ninguna nueva declaración de voluntad. Pero si el destinatario de la oferta, en lugar de aceptarla, formula una contraoferta o una invitación a ofertar, ello implicaría permanecer en el terreno de las tratativas o negociación previa. Asimismo, es posible que la oferta fuera directamente rechazada por el destinatario, o que el propio ofertante la retire o que se hubiera producido su caducidad antes de la aceptación.

La oferta puede proceder de cualquiera de las partes del futuro contrato. Lo común en los contratos de consumo es que la oferta emane del proveedor y que “la oferta sea dirigida al público” (4).

## III. Requisitos de la oferta en el código civil y comercial

El art. 972 del Cód. Civ. y Com. establece: “La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para

---

(3) MENÉNDEZ MATO, Juan C., *La oferta contractual*, Aranzadi, 1998, Pamplona, p. 51. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los Contratos*, Parte General, Zavallía, Buenos Aires, 1997, p. 180, en lugar de hablar de la primera declaración de voluntad, prefiere referirse a ella como la penúltima, porque si fracasa, y no media la aceptación sino una contraoferta, ya no sería penúltima y dejaría de ser oferta.

(4) FARINA, Juan M., *Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, anotado y concordado*, Belluscio-Zannoni, t. 8, Astrea, Buenos Aires, p. 890. WAJNTRAUB, Javier H. (en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Lorenzetti - director, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. VI, p. 235) expresa que “el proveedor constituye la relación de consumo junto con el consumidor o usuario, haciendo referencia a todo el sector oferente de productos y servicios, en la medida en que la actividad se realice en el marco de dicho vínculo jurídico. Puede afirmarse que la noción de proveedor es deliberadamente amplia para incluir a todos los sujetos que actúan del lado de la oferta en el mercado”.

establecer los efectos que debe producir de ser aceptada”. En este artículo, el Código Civil y Comercial menciona los requisitos de la oferta, y son los que seguidamente se exponen:

### III.1. Completividad o autosuficiencia

El art. 972 Cód. Civ. y Com. alude a una oferta “con las precisiones necesarias” para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada.

Para que una declaración de voluntad valga como oferta debe ser completa, tiene que contener todos los elementos esenciales del contrato proyectado (cosa y precio, en una compraventa), es decir que el contrato pueda concluirse con la sola aceptación del destinatario, sin necesidad de nueva declaración del oferente (5).

Así, la oferta es completa cuando A ofrece vender una cosa a B por el precio X; en cuyo caso, el comprador sólo tiene que responder que “sí”, con lo que el contrato queda celebrado.

También es posible que en la oferta se determine de antemano que el ofertante está de acuerdo con lo que el eventual aceptante decida dentro de ciertos límites que aquel le fija (6); por ejemplo, A propone la venta de su automóvil en la suma que B diga entre ochenta mil y cien mil pesos.

En este último supuesto es preciso que se fijen los límites, porque si no se fijaran, como sería la propuesta de venta del automóvil sin indicar el precio, y se dejara la determinación de cláusulas esenciales al arbitrio del destinatario no sería oferta sino invitación a ofertar (7).

La oferta de contrato podría asimismo indicar que se dejará la determinación del precio al arbitrio de un tercero (art. 1134 Cód. Civ. y Com.).

(5) Se ha señalado por JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos A. - GARZINO, María Constanza - HEREDIA QUERRO, Juan Sebastián (*Ley de Defensa del Consumidor*, Errepar, Buenos Aires, 2013, p. 97), que “va de suyo que, de conformidad con el Código Civil, los elementos esenciales de la oferta son aquellos que recaen sobre la determinación del precio y la especificidad de la cosa”.

(6) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, t. II, “Derecho de obligaciones”, vol. I, Boch, Barcelona, 1994, p. 370.

(7) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría...*, cit., p. 183.

Por lo tanto, más que hablar del carácter completo, como requisito de la oferta, se habla de que debe existir “suficiente precisión” (8).

### III.2. Debe ser vinculante

Para que sea oferta la declaración de voluntad debe ser vinculante, realizada con la intención de obligarse. El art. 972 Cód. Civ. y Com. dispone que la oferta es una manifestación realizada “con la intención de obligarse”. A su vez, el art. 974 Cód. Civ. y Com., primer párrafo, establece que “la oferta obliga al proponente, a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso”.

En este sentido, no son ofertas las declaraciones efectuadas sin *intentio iuris*, como las realizadas en broma (*animus iocandi*) o con fines pedagógicos, ni tampoco las que se realizan con la cláusula sin compromiso, o cuando la hace un intermediario o corredor sin poder de disposición sobre el objeto contractual, o cuando contiene una reserva de aprobación o confirmación final por parte del oferente. Estos últimos casos se tratarían de invitaciones a ofertar.

### III.3. Forma

Con relación a la forma, la oferta debe ser emitida en la forma requerida para el contrato, puesto que constituye uno de sus extremos. En general la oferta y la aceptación se realizan simultáneamente en un mismo acto, pero si se formularan separadamente las declaraciones también deben tener la forma del contrato (9).

(8) Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, t. I, p. 285.

(9) Expresa ALBALADEJO (*Derecho civil*, ob. cit., t. II, vol. I, p. 371) que “en general, la forma del contrato deben guardarla las declaraciones de ambas partes. Mas cabría también que la ley exigiese cierta forma sólo para la declaración del aceptante, en cuyo caso la oferta podría ser hecha de cualquier forma, aunque el contrato se califique de formal (o solemne) por la exigencia de forma para la aceptación”. Por nuestra parte, consideramos que la exigencia de la forma establecida por la ley para el contrato se aplica tanto para la oferta como para la aceptación y no solo para esta última, precisamente porque el contrato se integra con ambas declaraciones de voluntad, y la circunstancia de que sean emitidas por separado no exime de observar la forma con relación a ninguna de las voluntades que conforman el contrato.

Esto es así, salvo que la ley dispusiera de manera expresa una forma distinta, como ocurre en el ámbito de las ofertas de consumo, conforme se indica *ut infra* en IV.3.

### III.4. Determinación o indeterminación del destinatario.

En este requisito se aprecian las diferencias entre la oferta del contrato paritario y la oferta de los contratos de consumo.

La oferta en algunos casos debe estar dirigida a personas determinadas o determinables, lo que acontece en el ámbito de los contratos paritarios, y en otros casos, también puede estar dirigida a personas indeterminadas, como acaece en el ámbito de los contratos de consumo. Cuando la propuesta se dirige al público en ciertos casos puede ser oferta, y en otros sólo una invitación a ofertar.

El art. 972 del Cód. Civ. y Com. dispone que “la oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable”. Mientras que, si la proposición está dirigida a persona indeterminada, en el ámbito de los contratos paritarios que se rigen por el Cód. Civ. y Com., se trata de una invitación a ofertar, como lo establece de manera expresa el art. 973 Cód. Civ. y Com., al disponer que “La oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas...”

### IV. Requisitos de la oferta en el anteproyecto ley defensa del consumidor

El art. 42 LDC dispone que “La oferta es la declaración unilateral de voluntad dirigida a persona determinada o al público, realizada con la intención de contratar por medio de ella si es aceptada y que contiene los elementos y cláusulas suficientes para formar un contrato”.

El Anteproyecto reitera los requisitos de la oferta que contiene el art. 972 del Cód. Civ. y Com., pero introduce una modificación esencial, con relación al destinatario de la oferta. En el régimen del Cód. Civ. y Com., aplicable a los contratos paritarios se requiere que la oferta sea dirigida “a persona determinada o determinable”, porque la “oferta dirigida a personas indeterminadas” es invitación a ofertar (art. 973 Cód. Civ. y Com.).

El art. 42 del ALDC establece los siguientes requisitos:

a) Debe ser completa, porque debe contener “los elementos y cláusulas suficientes para formar un contrato”. Conforme se ha expresado, si la propuesta no reúne los elementos sustanciales, sobre todo el referido a la completividad, no hay oferta, y por lo tanto no habrá contrato, por más que sea aceptada, pero que “si hubo una expectativa razonable para confiar, podrá haber una responsabilidad de otro tipo”. Asimismo, se ha puntualizado en el ámbito de los contratos de consumo, “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” (10).

b) Debe ser vinculante, porque tiene que ser “realizada con la intención de contratar por medio de ella si es aceptada”.

c) En cuanto a la forma de la oferta del contrato de consumo, corresponde formular las siguientes precisiones.

Si se trata de ofertas al público, se considera tal a la información o publicidad difundida por cualquier medio de comunicación. El art. 42 ADLDC, segundo párrafo, establece que se equipara a la oferta toda información o publicidad difundida por cualquier medio de comunicación. Al respecto se ha dicho que “la oferta al público tiene fuerza obligatoria cualquiera sea el medio empleado para su difusión...” (CNCiv.,

(10) LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, cit., p. 235. También JUNYENT BAS, FRANCISCO - MOLINA SANDOVAL, Carlos A. - GARZINO, María Constanza - HEREDIA QUERRO, Juan Sebastián (*Ley de Defensa del Consumidor*, cit., p. 97) expresan que “en el derecho del consumidor, si lo que faltan son elementos referidos a aspectos que no hacen a la existencia del contrato sino a su comprensión y extensión, es decir, al deber de informar, habrá oferta y contrato, pues de lo contrario se estaría premiando al proveedor incumplidor al no quedar obligado frente a los consumidores potenciales”. Ídem, MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H. - GOZAÍNI, Osvaldo A., *Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240 (modif. por leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361)*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 91.

sala K, 20/3/2007, “Colombres Javier y otro c. Colonia de Chacras SA”, LL Online) (11).

En los contratos celebrados a distancia, la oferta se concretiza a través de los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como por servicios de radio, televisión o prensa (art. 1105 Cód. Civ. y Com.).

Las ofertas por medios electrónicos se realizan a través de técnicas de comunicación electrónica o similares (art. 1108 Cód. Civ. y Com.).

En los demás casos, la oferta debe tener la forma propia del contrato que se trate. El art. 39 del ALDC establece que “El contrato de consumo debe formalizarse por instrumento privado, salvo que se trate de un contrato a distancia, o deba celebrarse en escritura pública...”. Dado que la oferta constituye uno de los extremos del consentimiento debe revestir la forma escrita, cuando el contrato es entre presentes. Si se trata de un contrato a distancia, como en general ocurre con las ofertas al público, es no formal, por lo que la forma de la oferta es libre, y si está referida a la constitución o transferencia de derechos reales sobre inmuebles debe formalizarse por escritura pública (12), aunque para el contrato preliminar la forma de la oferta es libre.

Cabe señalar, que el defecto de forma sólo podrá ser invocable por el consumidor y sólo él podrá accionar por el cumplimiento de la formalidad (13).

(11) Fallo citado por LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, cit., p. 237, nota 2.

(12) Por ejemplo, la primitiva redacción del art. 1º de la ley 24.240 aludía a la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas. Al respecto, dice FARINA, Juan M. (en *Código Civil Comentado*, Belluscio-Zannoni, t. 8, cit., p. 884) que “en armonía con las disposiciones de la LDC habrán de aplicarse las normas de la ley 19.724 (de prehorizontalidad) en caso de venta de departamentos en vías de ejecución o cuya escritura de compraventa no resulta factible en el momento de firmarse el boleto, por no haber completado el trámite para someter el edificio al régimen de propiedad horizontal”.

(13) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Fideicomiso-Leasing-Letras Hipotecarias-Ejecución Hipotecaria-Contratos de Consumición*, Zavallía, Buenos Aires, 1996, p. 490. También ZETNER, Diego H., en *Manual de Derecho del Consumidor*, Rusconi-Coordinador, Abeledo Perrot,

Con relación a la contratación electrónica, el art. 1106 del Cód. Civ. y Com. dispone que “siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar”, que se aplica también a la formalización de la oferta.

d) Puede ser “dirigida a persona determinada o al público”. No exige la determinación del destinatario, la propuesta puede estar dirigida a persona indeterminada.

Esto es lo que precisamente establece la ley 24.240 en su art. 7º, al disponer que “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...”.

## V. Diferencia entre oferta e invitación a ofertar

Cuando la proposición se dirige al público (*ad incertam personam*) o a una pluralidad de personas que integran un grupo o colectividad (*ad incertas personas*), corresponde distinguir si se configura una oferta o sólo una invitación a ofertar (14).

a) El interés práctico de la distinción radica en que, si se considera que la proposición al público configura una oferta, ello implica que cualquiera del público que desea contratar acepta aquella oferta, con lo cual el contrato queda concluido. En cambio, si se considera que se trata de una invitación a ofertar, ello equivale a decir que aquel que desea contratar es quien

Buenos Aires, 2009, p. 330, ha expresado respecto de la forma de los contratos celebrados sobre una propuesta formulada fuera del establecimiento del proveedor que “estamos ante una forma solemne relativa... en la medida que la inobservancia, si bien no priva al acto de todos sus efectos propios, facultaría al consumidor a negarse a cumplir el contrato no instrumentado y, por ende, a exigir su instrumentación...”.

(14) IBÁÑEZ, Carlos M., *Derecho de los Contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2010, ps. 265 y ss.

formula la oferta, la cual está sujeta a la eventual aceptación o no del invitante (15).

b) La hipótesis que se analiza es la de una propuesta completa dirigida al público, que contenga los elementos del contrato proyectado, porque si fuera incompleta —por ejemplo, no se indicara el precio— sería una invitación a ofertar, para que cualquiera del público formule ofertas de contrato.

c) Una camisa se expone en la vidriera con su precio y un cliente desea comprarla. Si se trata de una oferta, su declaración de voluntad de comprarla es una aceptación y el vendedor no puede negarse a cumplir el contrato que ya se ha perfeccionado; pero si es una invitación a ofertar, será el cliente el que haga la oferta de compra y el vendedor puede negarse a contratar si no lo desea, no aceptando dicha oferta.

Cuando un particular desea alquilar un inmueble en el carácter de locador y publica al efecto un aviso en el periódico, formulando una proposición que contiene todos los requisitos de la oferta, pero dirigida al público. ¿Es una oferta o sólo una invitación a ofertar? Si fuera una oferta el primero que desee alquilar acepta la oferta y concluye el contrato, pero si fuera una invitación a ofertar, los interesados son los que formulan la oferta sujeta a la aceptación del que publicó el aviso, quien luego de examinar las condiciones y garantías de los distintos postulantes procede aceptar a quien más le convenga, o bien, incluso, no aceptar a ninguno.

(15) Señala PASQUAU LIAÑO, Miguel, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo y Salas Hernández, Javier (coords.), Civitas, Madrid, 1992, p. 155, que “es conocido el debate sobre si la publicidad constituye una declaración de voluntad equiparable a una oferta contractual *ad incertam personam*, o si se trata más bien de una *invitatio ad offerendum* o incitación a que por parte del público se formulen ofertas de contrato. La cuestión es de sumo interés, porque si optamos por la primera posibilidad, entonces bastará con la aceptación de un destinatario para que se considere perfeccionado el contrato y para que, por tanto, la publicidad vincule al anunciante; si, por el contrario, entendemos que sólo existe una *invitatio ad offerendum*, será necesaria entonces una nueva declaración de voluntad del anunciante, en los mismos términos, posterior a la oferta del cliente, para que quede vinculado”.

d) La ley 24.240 expresamente en el art. 7° preceptúa acerca de la oferta: “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. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer”.

Vale decir que para la Ley 24.240, en los contratos de consumo, la oferta dirigida a potenciales consumidores indeterminados es vinculante y obliga a quien la emite por el tiempo en que se realice. De allí que se trata de una oferta y no de una invitación a ofertar, aunque para ello es preciso que sea completa.

En cambio, con relación a los contratos paritarios, el art. 973 Cód. Civ. y Com. establece: “La oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos”.

e) Del régimen normativo vigente surge que la proposición es oferta solo si se dirige a personas determinadas, por lo que si ella está dirigida a personas indeterminadas es invitación a ofertar, cuando se trata de contratos paritarios.

Si se trata de contratos de consumo, la proposición dirigida a consumidores potencialmente indeterminados es oferta y obliga a quien la emite (art. 7°, ley 24.240) (16).

(16) IBÁÑEZ, Carlos M., *Derecho de los Contratos*, cit., p. 269. Dice LORENZETTI, Ricardo L. (*Consumidores*, cit., p. 237), que “el consumidor es quien acepta, adhiriendo a una oferta dirigida a consumidores potenciales que se hace pública”. El decreto 1798/94 reglamenta el art. 7° de la ley 24.240, y dispone: “a) En la oferta de bienes o servicios realizada en el lugar donde los mismos se comercializan se podrá omitir las fechas de comienzo y finalización, en cuyo caso obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice. La oferta realizada fuera del lugar de comercialización deberá contener siempre el plazo de su vigencia”.



El ejemplo planteado de la camisa que se exhibe en la vidriera con su precio se trata de una oferta, por lo que la declaración del cliente implica una aceptación que concluye el contrato, y en caso de incumplimiento del vendedor incurrirá en responsabilidad contractual, por tratarse de un contrato de consumo.

En cambio, el aviso en el periódico mediante el cual un particular (17) propone alquilar un inmueble, al estar dirigido a personas indeterminadas es una invitación a ofertar, que no se rige por la LDC sino por el art. 973 del Cód. Civ. y Com., ya que no se trata de un contrato de consumo sino de un contrato paritario (18). La negativa a contratar por el proponente no genera responsabilidad contractual, sino eventualmente precontractual.

En definitiva, en el ámbito de los contratos de consumo la oferta puede estar dirigida al público, pero en el ámbito de los contratos paritarios debe ser a persona determinada o determinable (art. 972, Cód. Civ. y Com.), porque si se dirige a personas indeterminadas se trata de una invitación a ofertar (art. 973, Cód. Civ. y Com.).

f) El ALDC corrobora estos desarrollos al establecer en el art. 42 que “la oferta es la declaración unilateral de voluntad dirigida a persona determinada o al público, realizada con la intención de contratar por medio de ella si es aceptada y que contiene los elementos y cláusulas suficientes para formar un contrato”.

## VI. La información o publicidad como oferta

El art. 42 del ALDC, en su segundo párrafo, preceptúa: “Se equipara en sus efectos a la oferta toda información o publicidad, difundida por cualquier medio de comunicación con relación a productos o servicios, que se proporcione por medios publicitarios, siempre que cumpla con los requisitos establecidos para la oferta”.

(17) Que no reviste la calidad de proveedor, por faltar el requisito de profesionalidad, en los términos de los art. 2º ley 24.240 y 1093 Cód. Civ. y Com.

(18) Señala LORENZETTI, Ricardo L. (*Consumidores*, cit., p. 134) que, para que la locación de inmueble sea objeto de una relación de consumo, “naturalmente persiste la necesidad de que estén presentes los demás elementos: consumidor, proveedor y destino final”.

La publicidad puede o no constituir oferta. Debe determinarse si en el mensaje publicitario están presentes todos los elementos esenciales del contrato a cuya promoción se dirige, “porque si no lo están, se tratará de una mera actividad publicitaria, encuadrable en el período de los tratos preliminares” (19).

El anuncio dirigido al público, mediante folletos, catálogos, avisos en radio, televisión, internet, etcétera, que contiene una información o una publicidad, se equipara a la oferta, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos para ella (20). Supóngase una cartelera en la vía pública, o un anuncio en un medio masivo de comunicación, en la que se menciona un producto ofrecido a la venta y contiene la indicación del precio, constituye una oferta al público, porque es completa y se realiza con la intención de obligarse.

Como lo ha expresado Wajntraub, “es tan contrato un papel con cláusulas como una propaganda televisiva” (21), aunque agregamos, en la medida que reúna los requisitos de la oferta y medie la aceptación.

De allí que el contenido de la publicidad se considera como de obligado cumplimiento y directamente exigible por los consumidores como contenido propio del contrato celebrado, porque “decir que la publicidad es una oferta, es afirmar que con su simple aceptación el contrato nacerá en los términos publicitados. Por todo ello, concluido el contrato por la simple comunicación verbal de su aceptación al promotor del anuncio, su traducción a un documento escrito carece por lo general de carácter

(19) MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *La Oferta Contractual*, cit., p. 92.

(20) Expresa PASQUAU LIAÑO, Miguel, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, cit., p. 156, que para que el mensaje publicitario pueda recibir la consideración de oferta contractual “deberá reunir los requisitos propios de la oferta: particularmente, que especifique todos los elementos esenciales del contrato sin que se dejen a una posterior determinación por parte del anunciante, y que exista una efectiva intención de obligarse por parte del anunciante”.

(21) MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H. - GOZAÍNI, Osvaldo A., *Ley de Defensa del Consumidor*, cit., p. 100.

constitutivo, siendo útil simplemente a efectos probatorios” (22).

Pero no todo anuncio al público, sobre una venta u otro contrato, constituirá una oferta, si carece de los otros requisitos que hacen a la misma, por ejemplo si omite la indicación del precio “no podrá ser considerada, en principio, una oferta vinculante sino simple publicidad”, y que “un anuncio de esta clase no será oferta, pero no ha de olvidarse que ha de tener cierto efecto jurídico, pues la aplicación de esta ley debe ser celosa del cumplimiento de sus finalidades, tratando de evitar que se frustren a través de verdaderos artilugios”, porque “en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor” (23).

En cambio, es irrelevante —dados los categóricos términos de la norma legal— que el anunciante no sea la misma persona que realiza el contrato con el consumidor, porque en tal caso existiría una conexidad contractual, ni que pretenda manifestar luego que su intención no era obligarse.

*“Art. 43.— Carácter vinculante. La oferta que se conozca fuera del local de comercialización debe prever un plazo de vigencia acorde con la cantidad de bienes o la capacidad prestacional de los servicios disponibles, o informar de modo preciso y destacado sobre estas circunstancias. El oferente está obligado a mantener la oferta durante el plazo de vigencia antes indicado. En consecuencia, de mediar aceptación en tal plazo, el contrato quedará perfeccionado.*

*“La oferta sólo puede retirarse antes de que hubiera llegado a conocimiento de los consumidores.*

*“Quedan exceptuados de este régimen, las ofertas que se hagan por medios que solo pueden*

(22) MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *La Oferta Contractual*, cit., p. 95.

(23) FARINA, Juan M., *Código Civil Comentado*, cit., p. 891. Asimismo, expresa FRUSTAGLI, Sandra A. (en *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 467), que “para atribuir carácter de oferta a la propuesta de contratación dirigida a destinatarios indeterminados, deben reunirse los demás recaudos..., siendo necesario que la declaración sea completa, seria y referenciada a un negocio especial (Ariza)”.

*ser conocidas por el consumidor concurriendo al local comercial”.*

## VII. Vigencia de la oferta

La oferta es vinculante, porque obliga a quien la emite a celebrar el contrato si media la aceptación del consumidor, mientras se encuentre vigente.

La norma del art. 43 de la ALDC es similar a lo que dispone el dec. 1798/1994 reglamentario del art. 7° de la ley 24.240, que preceptúa: “a) en la oferta de bienes o servicios realizada en el lugar donde los mismos se comercializan se podrán omitir las fechas de comienzo y finalización, en cuyo caso obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice. La oferta realizada fuera del lugar de comercialización deberá contener siempre el plazo de su vigencia. Cuando el proveedor limite cuantitativamente su oferta de productos y servicios, deberá informar la cantidad con que cuenta para cubrirla...”

El ALDC distingue entre la oferta que se conoce fuera del local de comercialización y la que se conoce en el mismo lugar de comercialización:

a) La oferta que se conozca fuera del local de comercialización debe prever un plazo de vigencia acorde con la cantidad de bienes o la capacidad prestacional de los servicios disponibles, o informar de modo preciso y destacado sobre estas circunstancias.

En este caso, la oferta debe indicar expresamente el plazo de duración de la misma, o indicarlo tácitamente informando de modo preciso y destacado la cantidad de bienes o la capacidad prestacional de los servicios disponibles.

Dado que la vinculatoriedad de la oferta al público tiene como condicionamiento o límite la disponibilidad normal del oferente (24), resulta que la exigencia legal de informar la cantidad de bienes o la capacidad prestacional de servicios disponibles, tiene por finalidad evitar que el proveedor eluda su obligación de mantener la oferta, con la excusa del agotamiento del *stock* o la imposibilidad de prestar el servicio

(24) PASQUAU LIAÑO, Miguel, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, cit., p. 156.

por falta de disponibilidad, lo que constituye una práctica abusiva, porque induce al consumidor a adquirir otro producto de mayor valor al originariamente ofrecido (25).

El oferente está obligado a mantener la oferta durante el plazo de vigencia antes indicado, lo que implica que es irrevocable.

b) Las ofertas que se hagan por medios que solo pueden ser conocidos por el consumidor concurriendo al local comercial, no es preciso que indiquen plazo de vigencia. Si en el lugar de comercialización se exhibe el producto con su precio en la vidriera o en anuncios, en tal caso, se entiende que rigen mientras continúen ofreciéndose los bienes y servicios en el local de comercialización.

c) La falta de indicación de comienzo y finalización de la oferta no la convierte en invitación a ofertar, porque dicha omisión equivale a que aquella se encuentra vigente, a la vez que esta exigencia está referida no a la oferta contractual en sentido técnico o jurídico sino económico, a la oferta en el sentido de rebajas o de promociones que se realizan en los comercios en determinadas épocas del año (26). Asimismo, conforme se ha expresado, “para el supuesto de haberse

omitido la especificación del período de duración de las ofertas, las mismas existirán ‘durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario (comp. art. 974, 3er. párr.)’” (27).

d) En ambos casos, la aceptación del consumidor dentro del plazo expreso o tácito concluye el contrato. El incumplimiento por parte del proveedor del contrato celebrado, o por no mantener la oferta, genera una responsabilidad contractual y no precontractual.

### VIII. Retiro de la oferta

La oferta tiene fuerza obligatoria durante el tiempo de su vigencia, por lo que es irrevocable. Pero puede ser retirada. El art. 43 ALDC preceptúa que “la oferta sólo puede retirarse antes de que hubiera llegado a conocimiento de los consumidores”.

El régimen de la irrevocabilidad de la oferta en los contratos de consumo es igual al que el Cód. Civ. y Com. establece para los contratos paritarios (28).

a) Con relación a los contratos paritarios, el Cód. Civ. y Com. dispone en el art. 975: “La oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su

(25) FARINA, Juan M., *Código Civil Comentado*, cit., p. 893, señala que “esta excusa no servirá cuando se trate de mercadería en exhibición, ni cuando se pueda probar que el proveedor tiene stock suficiente o posibilidades de prestar el servicio (p.ej., plazas disponibles en un avión), y su negativa implica una discriminación violatoria de la ley”.

Se ha resuelto en la jurisprudencia que “Debe confirmarse la multa impuesta ante la infracción de lo dispuesto en el art. 7º de la Ley de Defensa del Consumidor y su decreto reglamentario, ya que la sola mención de la frase ‘validez hasta agotar stock’ hecha en un aviso publicitario en el que se ofertaban paquetes turísticos, sin precisar la cantidad de productos disponibles a los fines de poder hacer frente a la eventual demanda, resulta insuficiente para tener por cumplido lo dispuesto en aquel artículo” (CNContencioso administrativo Fed., sala III, 28/6/2007, DJ 2007-III-544; AR/JUR/4284/2007).

(26) IBÁÑEZ, Carlos M., *Derecho de los Contratos*, cit., p. 269. Señala ZETNER, Diego H. (en *Manual de Derecho del Consumidor*, cit., p. 327) que “la LDC constriñe al proveedor a incluir todas las modalidades, condiciones y limitaciones que, en términos comerciales, corresponden a la oferta emitida”, y que “esto comporta una alteración de los principios de derecho común, que prescinde de los aspectos accesorios o no esenciales del negocio”.

(27) WAJNTRAUB, Javier H., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Lorenzetti-director, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. VI, p. 280.

(28) El Código Civil y Comercial ha seguido la tendencia moderna en cuya virtud la oferta es irrevocable, a tal punto que no se la puede revocar; únicamente admite la retirada de la oferta. En la Convención de Viena se distingue entre la retirada de la oferta y la revocación. También los principios de Unidroit formulan la distinción entre retiro y revocación de la oferta.

La *retirada* es una declaración del ofertante que indica su voluntad de dejar sin efecto una anterior declaración de la oferta, cuando ésta todavía no ha llegado a poder del destinatario. En cambio, la *revocación* puede darse, en el sistema de la Convención de Viena, como era en el sistema de Vélez, hasta antes que el destinatario “envíe la aceptación”. El fundamento de la facultad de retractarse de la oferta, “reside en la consideración de que, si el proponente perdiese su facultad de revocación, su libertad de actuar se vería gravemente comprometida frente al destinatario que mantiene su libertad de decisión”.

En los casos de oferta irrevocable, esta no puede ser revocada, pero podría ser retirada antes de que llegue al destinatario. En esto residiría la importancia de la distinción.

retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta”.

El ofertante puede arrepentirse de la oferta que ha formulado, porque desea cambiar su contenido, o dirigirla a otro destinatario, o porque ya no quiere contratar. En tal caso, antes de que la oferta sea recibida por el destinatario, puede retractarla.

Es preciso, que la retractación sea efectuada en tiempo útil, por lo que debe hacerse *antes* de que el destinatario reciba la oferta (art. 975 Cód. Civ. y Com.). No solo debe exteriorizarse la voluntad de retractar, sino que dicha retractación debe ser recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo, que reciba la oferta.

Por lo tanto, de conformidad a la terminología de la Convención de Viena, la retractación de la oferta, comunicándola antes que el destinatario reciba la oferta, no es revocación sino retirada o retiro de la oferta. Una vez que el destinatario recibió la oferta, ya no puede ser revocada, si antes o al mismo tiempo no recibió la comunicación de su retiro. De allí que la oferta en el Código Civil y Comercial es irrevocable, aun cuando se admite la posibilidad de su retiro.

b) En los contratos de consumo, la ley 24.240 en su art. 7º, segundo párrafo, dispone que “la revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer”.

Esto significa que, si el proveedor decide revocar la oferta, en el ámbito del contrato de consumo, debe hacerlo utilizando medios similares a los empleados para darla a conocer, por lo que si los avisos se hicieron en el diario, la revocación o modificación debe hacerse también en el diario, si la oferta se hizo por televisión, la revocación debe hacerse por el mismo medio, si lo fue por carteles, por otros similares. Se ha señalado que la revocación de las ofertas hechas al público “se trata de una regla que debe ser adecuadamente contextualizada a la luz del principio de protección al consumidor. Ello es así, porque si la oferta está sujeta a plazo es irrevocable, y, conforme al régimen legal descripto, solamente podría carecer de él cuando se realice dentro del lugar de comercialización, de

modo que la revocación será únicamente operativa en ese supuesto” (29).

c) El ALDC en el art. 43, segundo párrafo, ha consagrado de manera expresa la irrevocabilidad de la oferta de consumo, en concordancia con el régimen instituido en el Cód. Civ. y Com. para los contratos paritarios, por lo que la oferta en el contrato de consumo es obligatoria y no puede ser revocada, pero puede ser retirada por el proveedor “antes de que hubiera llegado a conocimiento de los consumidores”.

En los Principios de Unidroit (regla 2.1.3), y en la Convención de Viena (art. 15) se establece que la oferta podrá ser retirada si la notificación o comunicación de su retiro “llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta”. El momento para el retiro de la oferta es hasta que “llega al destinatario”, pero el ALDC dice que la oferta puede retirarse hasta que hubiera “llegado a conocimiento de los consumidores”, es decir que mezcla “llegada” (o recepción) con el “conocimiento” (o información), que son dos momentos distintos, por lo que la terminología utilizada es un tanto equívoca, pero debe entenderse como momento límite para el retiro de la oferta, conforme a los antecedentes, el de la llegada o recepción de la oferta a su destinatario o consumidor, y no al del efectivo conocimiento de ella (30).

(29) FRUSTAGLI, Sandra A., *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 467. Asimismo, ZETNER, Diego H. (en *Manual de Derecho del Consumidor*, cit., p. 327), ha expresado que “si el carácter vinculante de la oferta guarda estricta relación con la posibilidad de revocarla, las ofertas al público en los contratos de consumo son genuinamente obligatorias sólo en los casos de irrevocabilidad, es decir, aquellas ofertas que deben incluir la época precisa de comienzo y finalización”. Por su parte, WJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor*, cit., p. 92), ha señalado que la oferta es irrevocable “cuando la misma contenga un plazo de vigencia, una cantidad determinada de bienes o servicios o cuando sea realizada en el lugar en que se comercializan bienes o servicios”.

(30) La cuestión puede advertirse claramente, por ejemplo, en la contratación por medio postal o Correo, donde se distinguen claramente cuatro momentos distintos: la emisión de la carta, la expedición, la recepción y el conocimiento o lectura de ella. Sobre las distintas teorías al respecto, ver *Derecho de los Contratos*, IBÁÑEZ, Carlos M., ob. cit., p. 281.

## Capítulo 4 - Publicidad

“Art. 44.— Valor contractual de la publicidad. Las afirmaciones o informaciones contenidas en la publicidad, son obligatorias e integran el contrato en caso de ser celebrado. La regla anterior no se aplica en caso de que las afirmaciones o informaciones sean perjudiciales para el consumidor.

“La contradicción entre las afirmaciones o informaciones de la publicidad y el contrato, se resolverá en el sentido más favorable al consumidor.”

### IX. Concepto de publicidad

En los contratos de consumo la publicidad sustituye a la negociación previa, propia de los contratos paritarios, porque a través de ella el proveedor se dirige a destinatarios indeterminados con la finalidad de informar sobre los bienes y servicios que ofrece y para atraer, persuadir, convencer de adquirir y de contratar por parte de los consumidores(31). Como se ha señalado, “la publicidad es lo que atrae al usuario o consumidor potencial; entra, penetra, es internalizada, puesto que se usa una técnica de captación, de sugestión y convencimiento; el bien o servicio se quiere sobre la base de lo mostrado, de lo escuchado, percibido por esta vía, por los sentidos” (32). La publicidad es la que crea la demanda de bienes y servicios, porque “el consumidor, en muchos casos no compra porque necesita ni es la necesidad la que crea la oferta; es a la inversa, la oferta crea la necesidad. Se compra porque se vio una buena publicidad, porque se desea un estatus particular al que va asociado el producto, porque se ganó un sorteo...” (33).

La directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, en el art. 2.1, define a la publicidad como “toda forma de comunicación

(31) JUNYENT BAS, FRANCISCO -MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. -GARZINO, MARÍA CONSTANZA -HEREDIA QUERRÓ, JUAN SEBASTIÁN, *Ley de Defensa del Consumidor*, cit., p. 98.

(32) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA R., “Publicidad y Consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 5, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 141.

(33) LORENZETTI, RICARDO L., *Consumidores*, cit., p. 156.

realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”. A su vez, la ley española 34/1988, art. 2º, dice que se entenderá por publicidad “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover en forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

La publicidad puede configurar una tratativa previa a un contrato; puede constituir una oferta de contrato, cuando es completa y reúne sus requisitos; y puede haber una oferta a la que se añade la publicidad, que pasa a integrar el contenido de la oferta.

### X. Publicidad e información

La publicidad es una manifestación o componente de la libertad de empresa, por lo que busca la incitación o persuasión, y no la información (34). Informará en la medida en que los

(34) EXPRESA SANTARELLI, FULVIO G., “El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación” en *Contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial*, t. I, Stiglitz, Rubén S. - Director, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 372, que “es lícito que la publicidad se desinterese por informar y se remita a otro tipo de mensaje; en tanto persiga atraer, sugerir, motivar, el consumo de un objeto, de una marca, etc. Aun en estos casos, la publicidad no puede atentar contra el principio de transparencia, es decir inducir a confusión o a error respecto de los elementos esenciales del producto o sus formas de comercialización; en este sentido, el inc. a del artículo 1101 prohíbe toda publicidad que “contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio”.

También se ha resuelto: “La publicidad en sí misma tiende a lograr convencer al público de la necesidad de adquirir un bien o servicio de la manera más persuasiva resaltando sus ventajas o bondades, y debe ‘informarlo’ de manera que pueda decidir con conocimiento de sus cualidades, atributos y posibilidades. El consumidor tiene derecho a que se le informe en forma veraz, detallada y suficiente sobre las características esenciales de los bienes y servicios que le son ofrecidos... Las precisiones del oferente realizadas a través de los mecanismos de información al consumidor y publicidad comercial, son vinculantes para el empresario por la generación de la confianza que implican. La conducta de aquél relativa

datos sean un elemento de persuasión para la adquisición del producto o servicio, mientras que procurará silenciar la información de datos menos favorables. Lo que la ley persigue es evitar que la publicidad ocasione precisamente desinformación o confusión, es decir, engaño. Conforme se ha expresado, “el Derecho no puede imponer una exigencia de objetividad e imparcialidad en la publicidad, pero sí puede exigir la veracidad de la misma” (35).

La publicidad puede o no contener precisiones, porque puede limitarse a mostrar el producto sin determinar sus características, o bien, además de ello, puede contener afirmaciones o informaciones del producto o servicio que se publicita.

### XI. La publicidad integra el contrato

La ley 24.240 dispone en el art. 8º: “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. En los casos en que la oferta de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente”. En igual sentido el art. 1103 del Cód. Civ. y Com. establece: “Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente”.

a la información tiene relevancia desde los momentos previos a la perfección del contrato o sea aquellos en los que cada futuro contratante espera confiadamente las manifestaciones del otro” (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, “Epac. S.R.L. c. Secretaría de Comercio e Inversiones”, 11/12/1997, JA 12/07/2000, síntesis).

(35) PASQUAU LIAÑO, Miguel, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Bercovitz Rodríguez Cano - Salas Hernández Coordinadores, cit., p. 143. Expresa este autor que “la publicidad podrá ser lícitamente parcial, persuasiva, incitadora, incluso —en cierto modo— manipuladora, pero en todo caso ha de ser veraz... por debajo del límite de la veracidad, se entra en el campo de lo ilícito, y de la mediación jurídica”.

El ALDC también dispone en el art. 44, que “las afirmaciones o informaciones contenidas en la publicidad, son obligatorias e integran el contrato en caso de ser celebrado”.

La *información* que se incluye en la publicidad, cualquiera sea el medio empleado, es lo que se refiere a la descripción de las características del bien o servicio ofrecido, como lo relativo al precio, calidad, funcionalidad de la cosa, garantías, etcétera.

La *afirmación* es una declaración de que lo que se dice en la publicidad es válido o cierto, que lo enunciado es conforme a la realidad.

Por lo tanto, si la publicidad contiene precisiones, es decir afirmaciones o informaciones del bien o servicio ofrecido, éstas integran el contenido del contrato que se celebre con el consumidor, aunque no estén incluidas en sus cláusulas expresas (36). Conforme lo establece el art. 961 del Cód. Civ. y Com., los contratos “obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

De allí que resultan vinculantes para el oferente, que ha quedado obligado por la publi-

(36) “Conforme a lo previsto en el art. 8 de la ley de defensa del consumidor corresponde responsabilizar al banco demandado por incumplimiento de un contrato de tarjeta de crédito, pues aun cuando de dicho contrato no surge que los actores estuvieron comprendidos en el programa de millajes por el que reclaman, del volante publicitario por medio del cual tomaron conocimiento de aquél y solicitaron la emisión de las tarjetas, surge que la adhesión era automática” (CNCom., sala D, 10/8/2005, “Quesada, Hernán c. BankBoston”, LL 2005-F-733).

“El intermediario turístico y la agencia de viajes deben indemnizar el daño moral padecido por los actores debido al incumplimiento de varias de las condiciones ofrecidas en la publicidad del contrato de viaje —en el caso, no cumplieron con el guía de habla hispana prometido, ni con ciertos hoteles y noches en determinadas ciudades donde se iba a pernoctar—, ya que aquellos sufrieron penurias totalmente injustificadas a lo largo de su periplo, a lo cual debe agregarse que, habiendo cumplido debidamente sus prestaciones contractuales, les asistía el derecho a que las emplazadas también obraran de la misma manera” (CNCiv., sala I, 28/12/2005, “De Coro, Héctor Dionisio y otro c. Calcos Viajes Internacionales S.A. y otro”, RCyS 2006-1355).

cidad, y el consumidor puede exigir “las prestaciones propias de cada producto o servicio, tutelando de esa manera las expectativas económicas jurídicamente razonables generadas por la publicidad” (37).

“Las precisiones del oferente realizadas a través de los mecanismos de información al consumidor y la publicidad comercial son vinculantes para el empresario por la generación de confianza que implican y por ser generalmente el medio que da origen a las relaciones jurídicas entre anunciante y consumidor o usuario” (38).

Se trata de un supuesto de heterointegración del contrato, porque implica completar el contenido del contrato acudiendo a reglas o criterios tomados fuera del propio contrato (39); en este caso, de las afirmaciones e informaciones de la publicidad efectuada por el ofertante, quien por sus propios actos queda obligado con los términos de la misma, sin importar su transcripción o no en el contenido del contrato. “La publicidad heterointegra el contenido de la reglamentación contractual —y, por tanto, es exigible—, no por derivación de la presunta o tácita intención de las partes, sino por exigencias objetivas del ordenamiento jurídico” (40).

Es preciso que se haya celebrado un contrato, y que no se haga mención en él a las prestaciones prometidas en la publicidad, en cuyo caso la publicidad integrará el contenido del contrato, por lo que “el consumidor podrá exigir todo lo que se le haya ofrecido en la actividad promocional o publicitaria, no pudiendo el empresario alegar que en el contrato relativo a la adquisición de los bienes o servicios no aparece recogido”, por lo que “el incumplimiento

generará, decididamente, una responsabilidad contractual” (41).

## XII. Excepción a la integración del contrato

El art. 44, primer párrafo *in fine*, del APLDC, dispone que “la regla anterior no se aplica en caso de que las afirmaciones o informaciones sean perjudiciales para el consumidor”, lo que significa que la publicidad integra el contenido de la oferta, sólo si lo precisado en ella, no fuera perjudicial para el consumidor, es decir, siempre que no le resulte más gravoso de lo que resulta de los términos de la oferta.

## XIII. Contradicción entre publicidad y contrato

El segundo párrafo del art. 44 del ALDC, preceptúa que “la contradicción entre las afirmaciones o informaciones de la publicidad y el contrato, se resolverá en el sentido más favorable al consumidor” (42).

Esto implica que, si hubiera contradicciones entre el contenido del contrato y el de la publicidad, corresponderá aplicar el contrato o la publicidad, lo que resulte más favorable para el consumidor.

Se ha expresado que “no es sólo que el contenido de la publicidad se traiga al contrato para rellenar un vacío sobre su contenido obligatorio, sino para conformar, en cualquier caso, el contenido mismo y definitivo del contrato, remodelando o eclipsando —incluso— las cláusulas contractuales expresas a favor de las declaraciones publicitarias más beneficiosas para los consumidores” (43). Por ejemplo, si en la publicidad se indica un precio inferior al establecido en el contrato, o una calidad del pro-

(37) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “Publicidad y consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 5, cit., p. 142.

(38) CNFed. Contencioso-administrativo, sala II, 7/10/1999, “AsistMed S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones” ED, boletín de Jurisp. CNACAFCF nro. 3.

(39) IBÁÑEZ, Carlos M., *Derecho de los Contratos*, cit., p. 382.

(40) PASQUAU LIAÑO, Miguel, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Bercovitz Rodríguez Cano - Salas Hernández Coordinadores, cit., p. 161.

(41) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “Publicidad y consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 5, cit., p. 138.

(42) El dec. 1798/1994, reglamentario de la ley 24.240, en este sentido establece que “cuando por cualquier causa en una oferta se hubieren incluido precisiones contradictorias, se estará siempre a la más favorable al consumidor o usuario”.

(43) PASQUAU LIAÑO, Miguel, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Bercovitz Rodríguez Cano - Salas Hernández Coordinadores, cit., citando a Font Galán, p. 165, nota 46.

ducto superior a la mencionada en el contrato, debe estarse a los términos de aquella.

De allí que en caso de contradicción, el contrato no siempre prevalece sobre la publicidad, dado que “el contenido expreso del contrato sólo será exigible cuando no sea superado por prestaciones más favorables al consumidor recogidas o prometidas en la publicidad” (44).

*“Art. 45.— Publicidad abusiva. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1101 inciso c) del Código Civil y Comercial, se consideran abusivas aquellas publicidades que atenten contra el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, la identidad de género y las que afecten de cualquier modo los bienes ambientales o culturales”.*

La finalidad de la publicidad es persuadir al consumidor a adquirir los bienes o servicios, utilizando técnicas de marketing, que en principio tienen carácter lícito, pero que en determinados casos reviste la calidad de ilícita cuando es abusiva por atentar contra la dignidad de la persona, cuando sea engañosa, desleal, discriminatoria, subliminal, etcétera.

El art. 1101 del Cód. Civ. y Com. prohíbe la publicidad engañosa, comparativa y abusiva o discriminatoria. Al respecto dispone: (Publicidad).— “Está prohibida toda publicidad que:

“a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;

“b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;

“c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

El art. 45 del ALDC ha establecido que, sin perjuicio de lo dispuesto en el inc. c) del art. 1101 del Cód. Civ. y Com., “se consideran abusivas aquellas publicidades que atenten

contra el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, la identidad de género y las que afecten de cualquier modo los bienes ambientales o culturales”.

El Código de Defensa del Consumidor de Brasil, en el 37.2, dice que publicidad abusiva es “la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, la que incite la violencia, explote el miedo o la superstición, se aproveche de la deficiencia de juzgamiento y de la inexperiencia de los niños, vulnere valores ambientales, o que sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de manera perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

El ALDC ha ampliado el catálogo de lo que se debe entender por publicidad abusiva o discriminatoria, que estaba incluido en el art. 1101 del Cód. Civ. y Com., para agregar supuestos similares a los mencionados en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, considerándola como tal también a la publicidad que atente contra el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, la identidad de género, afecten los medios ambientales o culturales.

Es ilícita la publicidad que tiende a “estimular conductas violentas, de riesgo para la salud, discriminatorias para ciertos grupos —sea por la edad, sexo o identidad sexual, raza, religión, etc.—, contrarias al respeto de la patria o sus símbolos, de menosprecio por las instituciones democráticas o sus valores, de menoscabo para quienes padecen una discapacidad, de desapeñamiento por el medio ambiente, etc., no es algo que admita tolerancia” (45).

Recientemente el Juzgado Civil y Comercial Federal Nro. 4 ordenó suspender la campaña “Colorados”, que ofrecía dos combos del producto ofrecido al precio de uno a los pelirrojos, en el marco de una causa iniciada por un abogado que se sintió afectado en su calidad de pelirrojo, con el argumento de que la campaña se centra en afirmar y remarcar incansablemente que las personas coloradas se asocian directamente con la mala suerte, y que asocia el carácter físico a valores altamente negativos,

(44) *Ibidem*; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “Publicidad y consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 5, cit., p. 138, con igual cita.

(45) JAPAZE, Belén, *Manual de Derecho del Consumidor*, Rusconi (Coordinador), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 281.



estigmatizantes, disvaliosos, ofensivos y discriminatorios (*Clarín*, 10/10/2018).

Otro caso de publicidad discriminatoria es la relativa a anuncios de productos de limpieza en el que solo aparecen mujeres, que se lo consideró discriminatorio porque “presenta a la mujer como única encargada de asumir íntegra y exclusivamente las tareas de cuidado del hogar” y perpetúa un comportamiento estereotipado por razón de género (diario *El Mundo*, 9/12/2015).

También la publicidad de cerveza que hacía la campaña “huracanes,” porque promueve imágenes estereotipadas y sexistas de las mujeres (*Clarín*, del 6/9/2013).

Existen campañas de publicidad que son discriminatorias, por ejemplo, cuando repiten patrones sexistas, como el de la mujer cuidando a los hijos, realizando quehaceres del

hogar y otros papeles sexistas; otros refuerzan estereotipos de género respecto al consumo de bebidas alcohólicas y no alcohólicas, o de medicamentos, como jarabes para la tos; o las que muestran las desigualdades que comienzan a formarse entre hombres y mujeres a partir de los juguetes y productos lanzados para niños y adolescentes; también aquellas publicidades que obligan a hacer a las mujeres para encajar en un estereotipo de belleza, o las que definen como deben ser los hombres según el estereotipo social; los anuncios clasistas que discriminan a la población por su color de piel, religión, apariencia física y forma de vestir; y aquellas publicidades que quieren eliminar estereotipos y terminan reforzándolos (46).

---

(46) Ver Google: [www.expoknews.com](http://www.expoknews.com). “Ellos ganaron reconocimiento a la publicidad más discriminadora”, 14/12/2017, por Kenya GIOVANINI.



# Protección contractual del consumidor: eficacia, ineficacia e incumplimiento

---

RAFAEL F. BARREIRO (\*)

## I. Introducción

El capítulo 5 del título II del Anteproyecto prevé, en orden a la protección contractual del consumidor, los supuestos de eficacia e ineficacia y las consecuencias del incumplimiento.

El régimen sugerido abarca aspectos disímiles que parten de una nueva formulación del art. 38 LDC (aunque en líneas generales se sigue la orientación del texto incorporado por la ley 27.266, aunque se amplía su ámbito de vigencia) en relación con la provisión al consumidor de un ejemplar del modelo de contrato que se suscribirá, la descripción de las cláusulas ineficaces, el control administrativo de contenido en los contratos de adhesión, la interpretación e integración del contrato de consumo, hasta las facultades conferidas al consumidor frente al incumplimiento —que se origine en cualquier etapa de la relación— del proveedor.

La regulación mucho más precisa y detallada que en esta materia se incorporó al Cód. Civ. y Com. y que, como está expresa y contundentemente señalado en la fundamentación del Anteproyecto(1), hizo necesaria la articula-

ción con el que hasta el año 2015 era el ordenamiento tutelar de los consumidores y usuarios casi exclusivo, que produjo un impacto extremo en la esencia y alcances de la responsabilidad del proveedor.

“Art. 46.— *Control de inclusión en los contratos de consumo.* La redacción del contrato debe ser hecha en idioma español, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas o condiciones particulares, deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes.

“Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas deberán contener al comienzo, en una sola página, un resumen de su contenido y las disposiciones más relevantes. Por vía legal o reglamentaria se podrá establecer el formato y contenido, según los casos.

---

sistema de normas, en cuanto emplaza la categoría del consumidor como un Título especial (IV) entre la ‘teoría general del contrato’ y los ‘contratos en particular’. En este Anteproyecto se ha reconocido dicho progreso, lo que se propone articular mediante una norma de integración. Sin embargo, se juzga que aún subsisten cuestiones que merecen ser reguladas o ajustadas, en especial como consecuencia de la aceleración de los cambios tecnológicos y sociales. En el diseño de este Título, se ha partido de la experiencia consolidada por la LDC, con sus sucesivas reformas, y en la metodología general seguida por este Anteproyecto se ha privilegiado la articulación de reglas y principios, ponderando la eventual obsolescencia que podría padecer rápidamente un régimen rígido”.

---

(\*) Juez de la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

(1) Véase en el sentido expuesto en el texto principal que en su capítulo II.1., denominado “articulación del régimen del contrato de consumo del Cód. Civ. y Com. con la LDC”, fue aseverado que “en materia contractual, la reforma del Cód. Civ. y Com. significó un importante avance en la regulación de los contratos de consumo. Prueba de ello, es la metodología seguida por dicho

“El proveedor que preste servicios o comercialice bienes a consumidores mediante la celebración de contratos por adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir. Asimismo debe entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite. En dichos locales se exhibirá un cartel en un lugar visible con la siguiente leyenda: ‘Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que proponemos firmar’”.

## II. El control de inclusión

Se entiende por control de inclusión o incorporación “a aquellas exigencias de naturaleza formal que ha de cumplir quien se sirve de condiciones generales en el desarrollo de su actividad comercial, a fin de que estas se incorporen válidamente al contrato, o si se prefiere, formen parte de él. El conjunto de operaciones encaminadas a verificar su concurrencia conforma, pues, el llamado *control de inclusión o incorporación o, simplemente, control del consentimiento*” (2).

Debe precisarse que, en rigor, el control de inclusión que mencionado en el título de este artículo en nada se asemeja al de incorporación que regula el art. 1118 Cód. Civ. y Com. En efecto, según este último las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor. Del análisis particular del texto proyectado surgirán nítidamente las diferencias.

### II.1. La redacción de los contratos celebrados con consumidores

El primer párrafo del art. 46 dispone que la redacción del contrato debe ser hecha en idioma español. El art. 10 LDC impone la redacción en idioma castellano del documento de venta.

Si se analiza esta exigencia aisladamente parecería redundante o innecesaria, porque cabría suponer que los contratos celebrados con consumidores argentinos estarán expresados en el idioma nacional. Adviértase que el Cód. Civ. y Com. no contiene previsión expresa respecto de los vínculos contractuales cualquiera que fuere su naturaleza, establecidos con consumidores o no. Pero es evidente que el empleo del idioma español está implícito en la codificación, en especial si se atiende a que las reglas de interpretación gramatical (art. 1063) habilita esta conclusión.

Por otro lado, la disposición no admite que el contrato se exprese en un idioma distinto, aunque el consumidor lo conozca o, inclusive, aunque le resultare más cómodo o comprensible su empleo. El art. 13, inc. 3º, del Anteproyecto establece que la información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en idioma español, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario. En el caso de bienes o servicios importados, los proveedores son responsables del contenido de la traducción.

La redacción, además, debe ser completa, clara y fácilmente legible. Estos requisitos también contribuyen a robustecer lo dicho recién en referencia al idioma. Con independencia de ello, lo cierto es que se impone el resguardo de un obrar plenamente consciente del consumidor, pues el texto del instrumento debe ser fácilmente inteligible y no prestarse a dudosas interpretaciones o vacilaciones en orden a los alcances de los derechos y obligaciones de los consumidores.

La completitud y la claridad se vinculan con el consentimiento informado, es decir, con la tutela de los intereses, de cualquier esencia, de consumidores y usuarios, quienes deben poder comprender sin obstáculos los rasgos estructurales esenciales del contrato y prever las consecuencias de su celebración (3), de manera tal

(2) PAGADOR LÓPEZ, Javier, *Las condiciones generales de la contratación: introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas*, Gema Botana García y Miguel Ruiz Muñoz (dir.), McGraw Hill, Madrid, 1999, ps. 174-175.

(3) El texto del art. 12, titulado *obligación general de informar a cargo del proveedor*, sienta el principio rector en la materia, pues exige que en el decurso de la relación de consumo los proveedores están obligados a suministrar al consumidor información clara, precisa, completa, veraz y comprensible respecto de las características esenciales de los bienes y servicios que ofertan o proveen, las condiciones de su comercialización y

que el consumidor pueda actuar dentro del ámbito del art. 961 Cód. Civ. y Com., es decir, con pleno conocimiento de las consecuencias que puedan considerarse incluidas en el vínculo y con la razonabilidad exigible a un contratante cuidadoso y previsor.

Con la misma finalidad, quedan vedados los reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Es casi innecesario destacar que, si se admitiera esa anómala integración del contrato con instrumentos que el consumidor no puede consultar y ponderar al celebrarlo, se permitiría la vulneración de sus derechos con facilidad. La información que se proporcione al consumidor debe ser completa (art. 12) y de sencilla comprensión, requisitos que no se respetarían si se permitiera la remisión a documentos integrantes del vínculo que no se tuvieron a la vista antes o al tiempo de su celebración.

Hasta aquí, las disposiciones analizadas rigen en relación con todos los contratos celebrados con consumidores. No hay en el texto proyectado elemento alguno que habilite entenderlas limitadas a los contratos prerredactados o de adhesión.

## ***II.2. Cláusulas particulares***

Al final del primer apartado del art. 46 se establece que cuando se incluyan cláusulas o condiciones particulares, deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes.

Una primera reflexión se conecta con su finalidad y ámbito de aplicación. Parece clara la referencia a contratos de adhesión o que cuentan con una redacción diseñada por una de las partes, porque la alusión a cláusulas particulares fuerza concluir que se han previsto cláusulas generales, que se modificaron por acuerdo de los contratantes (art. 986 Cód. Civ. y Com.). Esas condiciones, que significan un apartamiento del régimen general o usual de contratación, deben ser plenamente conocidas y entendidas por consumidores y usuarios, sin que pueda admitirse que comporten la introducción sorpre-

---

toda otra circunstancia relevante en razón de su naturaleza y particularidades. Esta obligación comprende todas las informaciones sobre riesgos, incertidumbres y cuestiones ambientales establecidas en el art. 11 en tanto fueren pertinentes.

siva de alteraciones que con frecuencia perjudican al contratante más vulnerable.

Es evidente el acierto de exigir que sean incorporadas de manera destacada para llamar la atención del adherente acerca de su existencia y expresión. En abono de esa protección no basta con que se las escriba en letra destacada, sino que es preciso que se demuestre el efectivo conocimiento del consumidor mediante la inserción de su firma junto a la del proveedor.

Aunque pudiera suponerse que la protección así dispensada no asegura el efectivo discernimiento o comprensión, que la ley no puede prever en todos los casos, es cierto que se le confiere al consumidor la posibilidad de analizar las consecuencias del vínculo que celebrará y obtener el adecuado asesoramiento. Claro que siempre deben ser ponderadas las circunstancias del caso.

## ***II.3. El resumen en los contratos por adhesión***

Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas deberán contener al comienzo, en una sola página, un resumen de su contenido y las disposiciones más relevantes.

Esta regla es una novedad. No puede ponerse en duda su utilidad en atención a que apunta a proporcionar una breve reseña del contrato propuesto de rápida intelección.

Como consecuencia de la masividad que caracteriza la moderna comercialización de bienes y servicios el adherente, quien generalmente sólo cuenta en muchos casos con la posibilidad de decidir si celebrar o no el contrato sin tener influencia en su concreto contenido, y la premura que puede acuciarlo, justifican esta disposición que permite hacerle conocer la estructura básica de la relación de consumo y discernir si el negocio que se le propone se conforma con el que quiere o necesita celebrar. También es un modo de evitar que distraiga su atención en ponderar vínculos que no tiene interés en establecer.

Las urgencias de la vida moderna, las circunstancias que modulan la satisfacción de los distintos intereses, la prevención de perjuicios y,

en fin, la concordia social resultan el sustento de esta imposición.

En caso de existir discordancia entre el resumen y el texto del contrato pienso que debe prevalecer la interpretación que sea más favorable para el consumidor, no sólo porque así lo impone el art. 49 del Anteproyecto, sino además en razón de lo que dispone el art. 987 Cód. Civ. y Com., en orden a la interpretación en sentido contrario a la parte predisponente. En suma, el consumidor podrá prevalecerse de la cláusula del contrato o de aquello expresado en el resumen. Claro que también puede negársele valor alguno, pero esta postura parecería contravenir el principio amplio de protección.

Que conste en una sola página no puede entenderse de forma imperativa, pues no hay justificación para ello. Obsérvese que si el negocio es demasiado complejo o requiere de larga descripción la letra sería ilegible, y quedaría contradicho lo exigido por el mismo artículo.

La ley o la reglamentación podrán establecer el formato y contenido, según los casos. Queda la duda acerca de si se puede admitir más de una página o un contenido que no responda a todas las características esenciales y relevantes. Recuérdese que el art. 1107 Cód. Civ. y Com., de manera concordante, dispone que, si las partes de un contrato de consumo a distancia se valen de medios electrónicos para su celebración, el proveedor deberá proveer información acerca del contenido mínimo. El Anteproyecto amplía el campo de aplicación de dicha exigencia a todos los contratos de consumo (4).

(4) El art. 13 del Anteproyecto establece: 1. La información debe ser proporcionada de manera fácilmente accesible para el consumidor, mediante mecanismos apropiados para su adecuada comprensión, especialmente en el caso de consumidores hipervulnerables, cuando tal situación sea conocida o deba serlo por el proveedor, o resulte evidente en función de las circunstancias que conformen el contexto de la relación de consumo; 2. La información deberá ser comunicada de manera fehaciente bajo las siguientes reglas: a) en soporte papel o electrónico, a opción del consumidor, quien a tales fines deberá proporcionar una dirección electrónica; b) en los contratos celebrados por medios electrónicos, la información podrá transmitirse por la misma vía; c) conforme lo disponga otra disposición legal o reglamentaria.

#### II.4. Modelos de contratos por adhesión

Con una diferente —y más precisa— técnica de expresión aparece parcialmente reproducido el texto del actual art. 38, surgido de la reforma que incorporó la ley 27.266. Se establecen de este modo cargas informativas adicionales que resultan lógicas y adecuadas a los fines de permitir a los consumidores el acceso a los datos relevantes que pueden determinar su decisión

El proveedor que preste servicios o comercialice bienes a consumidores mediante la celebración de contratos por adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir. Se trata de una disposición que se conecta con la carga de información que pende sobre el proveedor de bienes o servicios (5).

Que el proveedor deba mantener en su página web un ejemplar del modelo contractual a disposición de los adherentes o de los interesados es una imposición adecuada a los tiempos actuales. No se aprecia que el proveedor esté facultado para optar entre abrir una *página web* o no: en todos los casos deberá hacerlo. La redacción del texto legal no deja margen para la duda. De cualquier manera, no le significará erogaciones adicionales y, como contracara, le permitirá incrementar el volumen de negocios.

Por cierto que, ante las eventuales diferencias entre los textos publicados y el tenor expreso del instrumento suscripto, no siendo el caso de cláusulas negociadas, regirá aquél que resulte más favorable al consumidor.

En la misma línea de tutela se inscribe la imposición de entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite.

(5) WAJNTRAUB, Javier H., *Régimen jurídico del consumidor comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 232, señala que esta disposición “contempla una situación cotidiana intentando aportar una respuesta práctica, ya que es usual que ciertos proveedores, incumpliendo el calificado deber de información que establece el régimen protectorio, eviten entregar al consumidor los términos que regirán el vínculo contractual, aspecto determinante para la toma de decisión del adherente”.

La diferencia entre una y otra reposa en la forma de acceder al texto puesto a disposición de los interesados.

Puede debatirse si la obligación de entregar el modelo debe nacer con el requerimiento del consumidor o si es preferible que se lo haga en todos los casos. También puede juzgarse la razonabilidad de limitar este deber a las operaciones celebradas en los locales comerciales, dejándose de lado otras oficinas (*no comerciales*) del proveedor o los contratos celebrados fuera de ellos.

Para asegurar la efectiva vigencia de acceder a la información en dichos locales se exhibirá un cartel en un lugar visible con la siguiente leyenda: “Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que proponemos firmar”.

El art. 46 del Código del Brasil establece que los contratos que regulan las relaciones de consumo no obligarán a los consumidores, en caso de que no les fuera dada la oportunidad de tomar conocimiento previo de su contenido, o si los respectivos instrumentos fueron redactados de manera que dificulte la comprensión de su sentido y alcance. Esta disposición coincide con el criterio que impera en España en el sentido de exigir la concurrencia de los requisitos de perceptibilidad y comprensibilidad.

“Art. 47.— *Control de contenido.*

Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que:

“1. Desnaturalicen las obligaciones del proveedor;

“2. Importen renuncia o restricción a los derechos del consumidor o amplíen los derechos del proveedor;

“3. Sorprendan al consumidor, sea por su contenido, redacción o presentación;

“4. Vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del proveedor;

“5. Limiten la responsabilidad por daños;

“6. Contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

“7. Sometan al consumidor a un tribunal distinto del que corresponda a su domicilio real o legal;

“8. Infrinjan o posibiliten la violación de reglas y principios que protegen la identidad de género, o los bienes ambientales o culturales”.

### III. Las cláusulas abusivas

El art. 47 del Anteproyecto complementa y mejora la redacción del art. 37 LDC. Se advierte en la regulación propuesta una más minuciosa descripción del contenido permitido del contrato, mediante la inclusión en un único artículo de los supuestos legales y el agregado de otros que carecían de reconocimiento legal expreso.

El principio general es el que establece el art. 1119 Cód. Civ. y Com.: es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

La relación de consumo porta un desequilibrio genético, derivado de la asimetría en la posibilidad de acceder a la información, como consecuencia del cual el consumidor se encuentra en una posición de vulnerabilidad o, como está reconocido en el texto proyectado, de *hipervulnerabilidad*. Por ese motivo se formulan legalmente categorías de estipulaciones que no pueden resultar convalidadas porque implican un flagrante aprovechamiento del proveedor.

Debe entenderse que, como también se ha hecho en referencia a la LDC, la enumeración no es taxativa, sino que únicamente se ha incorporado una descripción genérica de estipulaciones contractuales que el ordenamiento repudia (6).

#### III.1. Nulidad o inexistencia

Se reitera la típica sanción que establece la ley 24.240, que es que “se tendrán por no convenidas” las cláusulas que el Cód. Civ. y Com. denomina abusivas.

(6) RITTO, Graciela, *Sistema de defensa del consumidor*, 20XII Grupo Editorial, Buenos Aires, 2016, p. 46.

Aunque no está prevista como sanción en relación con la eficacia de los actos jurídicos, podría suponerse que la inexistencia es la única conclusión posible frente a la terminante locución que impone tenerlas por no convenidas. Se ha sostenido que, es inexistente el acto en el que están ausentes los elementos esenciales que lo configuran, y como en el supuesto de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo aparece afectado el consentimiento ellas deben reputarse inexistentes (7).

En otra línea interpretativa se ha señalado que como “la intención del predisponente al incorporar las cláusulas abusivas no es otra que consolidar su posición dominante en el contrato, aprovechándose de la debilidad y vulnerabilidad del adherente/consumidor”, despliega una conducta dolosa, ilícita, que provoca la nulidad relativa del contrato en los términos del art. 388 Cód. Civ. y Com. (8).

Esta última sugerencia parece más aceptable. Es que la inexistencia no es categoría sancionatoria expresa en el ordenamiento codificado. Pero, fundamentalmente, debe advertirse que tanto el art. 37 LDC, como los arts. 989 y 1122, inc. c) Cód. Civ. y Com. aluden, como presupuesto de la actividad integradora del contrato impuesta al juez, a la nulidad parcial.

### **III.2. Desnaturalización de las obligaciones del proveedor**

En estos supuestos las obligaciones a cargo del proveedor aparecen desvirtuadas, si es que no son eliminadas de la relación contractual. El contrato quedaría vaciado en su concepción técnica y carente de finalidad admisible. El abuso consiste en atenuar el rigor legal frente al consumidor.

Téngase en cuenta que, si las obligaciones del proveedor resultan menguadas en su inten-

sidad, el principio protectorio quedaría postergado. Esta disposición coincide con lo que prevé el art. 988, inc. a), Cód. Civ. y Com., que se aplica a los contratos de consumo (art. 1117).

### **III.3. Renuncia o restricción a los derechos del consumidor o ampliación de los derechos del proveedor**

Se reproduce el texto art. 988, inc. b) Cód. Civ. y Com. No puede dudarse que imponer una renuncia o restringir los derechos del consumidor significa profundizar el desequilibrio que está en el origen de la relación de consumo y que, precisamente, la legislación procura restañar. Si a la prevalencia que ejerce el predisponente o proveedor respecto del adherente o consumidor se le agregan cláusulas que constriñen o limitan los derechos de los sujetos vulnerables en la relación de consumo, el ordenamiento jurídico no puede permanecer inmóvil. La fuente es el art. 86 de la legislación española.

Con acierto se ha dicho que “la restricción del derecho puede darse también cuando, en la práctica, se dificulta el ejercicio del derecho por más que, formalmente, el mismo aparente ser gozado en plenitud” (9).

En relación con la renuncia recuérdese que puede significar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor y puede ser declarada abusiva aun cuando haya sido negociada individualmente o aprobada expresamente por el consumidor.

La ampliación de los derechos del proveedor implica la concomitante restricción o disminución de los derechos del consumidor. Si bien se lo aprecia es una complementación de la desnaturalización de las obligaciones del proveedor.

### **III.4. Las cláusulas sorpresivas**

Están reprobadas las cláusulas que sorprendan al consumidor, sea por su contenido, redacción o presentación. El art. 988, inc. c) Cód. Civ. y Com. las describe como aquellas que no son *razonablemente* previsibles.

(7) WAJNTRAU, Javier H., *Régimen jurídico del consumidor comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, ps. 214-215.

(8) STIGLITZ, Rubén S., “Cláusulas abusivas”, en Gabriel Stiglitz-Carlos A. Hernández (dir.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. II, La Ley, ps. 112-113. Coincide SCHVARTZ, Liliana, *Derecho del consumidor según la ley 24.240 y el Código Civil y Comercial*, García Alonso, Buenos Aires, 2016, p. 214.

(9) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor Comentado*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 29.



En general se trata de estipulaciones que son infrecuentes o no pueden ser previstas. Su contenido tiene suficiente aptitud para generar desventajas o, directamente, perjuicios para el consumidor.

En la comparación entre el Código y el Anteproyecto salta a la vista que mientras aquel hace referencia a una previsión razonable, en el ordenamiento proyectado se reprime cualquier cláusula inimaginable o insólita sin ningún aditamento. Rige en esta materia el deber de conducirse con extrema buena fe, tanto en relación con el proveedor como al consumidor (art. 7º del Anteproyecto) (10).

Para apreciar si una cláusula es o no sorpresiva es necesario atender a las circunstancias, las razonables expectativas de las partes, la apariencia basada en la confianza (art. 1725 Cód. Civ. y Com.) y el propósito del contrato.

### **III.5. La voluntad del proveedor**

No está permitido vincular cualquier aspecto del contrato a la voluntad del proveedor. Parece ser una variante de la proscripta ampliación de los derechos del proveedor quien lógicamente no puede a su solo arbitrio, obrar como mejor convenga a sus deseos o intereses en desmedro de los del consumidor.

Permitir esa clase de estipulaciones implicaría desvirtuar la protección que la legislación dispensa a los consumidores, que en gran medida se asienta en la delimitación precisa de las obligaciones, deberes y cargas del proveedor, cuya inobservancia genera responsabilidad frente al vulnerable.

El art. 85 de la ley española sienta el mismo criterio general, aunque luego describe detalladamente otros supuestos de cláusulas que se consideran abusivas.

### **III.6. Limitación de la responsabilidad**

Deben tenerse por no convenidas las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños. En

---

(10) Es muy interesante y tiene fecundas consecuencias la redacción de dicha regla: “los proveedores y los consumidores deben actuar de buena fe y ejercer de manera regular sus derechos, antes, durante y con posterioridad a la relación de consumo”.

esta cuestión corresponde obrar con cuidado porque las reglas distributivas de la responsabilidad no son en general y por naturaleza disponibles. Recuérdese que la indemnización del daño debe ser plena (art. 1740 Cód. Civ. y Com.).

Según está dispuesto por el art. 1743 Cód. Civ. y Com., son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

Pero en relación con los contratos de consumo parece que cualquier limitación debe tenerse por no convenida.

### **III.7. La inversión de la carga probatoria**

No es admisible incorporar a los contratos de consumo algún precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Debe entenderse rectamente que el deber de probar puede recaer en el consumidor; aquello que no se admite es variar la carga en su perjuicio cuando no tenga que desplegar actividad convictiva. Ejemplo de lo expuesto es el art. 1744 Cód. Civ. y Com.: el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.

Ello obedece a que el sistema legal que protege a los consumidores y usuarios no cumpliría su función si se permitiera alterar las reglas probatorias. La carga en esta materia recae sobre el proveedor de conformidad con las interpretaciones actuales más corrientes y equitativas.

Sostuvo agudamente Chamatropulos que “estas cláusulas no serían abusivas cuando sean derivación de normas imperativas o tratados internacionales o cuando no constituyan un apartamiento significativo de normas suplementarias. Se trata, a nuestro criterio, de una consecuencia poco feliz del flamante Código que obliga a prestar especial atención, verbigracia, a las regulaciones procesales de orden provincial que se apliquen a las relaciones de consumo, las cuales podrían ser invocadas a su favor

por el proveedor para argumentar la validez de la cláusula correspondiente que incluya en los contratos” (11).

### III.8. La competencia judicial

La regla que veda someter al consumidor a un tribunal distinto del que corresponda a su domicilio real o legal, que la última parte del actual art. 36 LDC, prohíbe únicamente en las operaciones a crédito, se ha erigido en un aspecto central en materia de la tutela de los derechos de consumidores y usuarios. No es necesario abundar en este escueto comentario las razones que justificaron la expansión de dicha protección desde su acotado ámbito contractual a otros supuestos.

La generalización de este principio que impone demandar al consumidor ante el juez de su domicilio, real o legal, ha significado resguardar el derecho de defensa e integra actualmente la garantía de cuño constitucional del debido proceso. Esa es la línea seguida en el diseño del art. 164 del Anteproyecto.

Se sigue la orientación del art. 90 de la ley española que considera abusiva la previsión de pactos de sumisión expresa a juez o tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si este fuera inmueble

### III.9. La infracción a ciertos derechos trascendentes y personalísimos

No pueden incorporarse al contrato de consumo cláusulas que infrinjan o posibiliten la violación de reglas y principios que protegen la identidad de género, o los bienes ambientales o culturales.

Con sujeción a la naturaleza de los derechos comprometidos y teniendo en cuenta el rango y jerarquía de las normas que propenden a su protección, con independencia de que la prohibición se propaga más allá de este acotado marco, es evidente que cláusulas de esa naturaleza deben repelerse.

(11) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor Comentado*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 29.

“Art. 48.— *Control administrativo en el contrato de consumo celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas.*

“La autoridad de aplicación controlará que los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas no contengan cláusulas abusivas, en especial respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas, redactadas unilateralmente por el proveedor del bien o servicio.

“Cuando requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta adoptará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación.

“En cualquier caso, el control administrativo no obsta al control judicial”.

## IV. El control administrativo

El art. 48 del Anteproyecto se propone reemplazar el régimen de los arts 38 y 39 LDC, cuyas disposiciones se unifican en una sola regla (12). Esa simplificación expositiva dota al sistema de una coherencia que hoy parece estar ausente.

El fundamento del control administrativo halla fundamento en las diferentes posiciones que asumen los contratantes como consecuencia del dispar poder de negociación. Cuando se trata de contratos en los que las tratativas preliminares, la etapa antecontractual que menciona el art. 50 del Anteproyecto, aparecen menguadas o directamente no existen, porque al consumidor no le queda más alternativa que optar entre celebrar el contrato o no, la función estatal de control se hace indispensable, “acentuadamente necesaria en un contrato que, como el de adhesión, se caracteriza por hallarse celebrado entre partes formalmente desiguales, de suerte tal que el control debe contribuir a restablecer o nivelar lo que desde su génesis aparece formalizado entre quien ostenta poder de negociación y quien carece de él” (13).

(12) En los Fundamentos del Anteproyecto se señaló que su propósito fue “ajustar las reglas relativas al control administrativo, coordinando los artículos 38 y 39 LDC, con la terminología usualmente aceptada por nuestra doctrina, resultante ahora del Cód. Civ. y Com.”.

(13) STIGLITZ, Rubén S., “Cláusulas abusivas”, en Gabriel Stiglitz-Carlos A. Hernández (dir.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. II, La Ley, p. 56.

#### **IV.1. La autoridad de aplicación de la ley**

El control administrativo que corresponde en materia de contratos por adhesión se mantiene en la órbita de la autoridad de aplicación.

Se atribuye a la Autoridad Nacional del Consumidor (ANCON), organismo autárquico y descentralizado dotado de recursos propios, el carácter de autoridad de aplicación exclusiva y excluyente de la ley, sus reglamentaciones y normas complementarias. En tal carácter adoptará todas las medidas, acciones y demás diligencias necesarias para cumplir con las misiones, funciones y objetivos enunciados en las normas referenciadas (art. 124 del Anteproyecto).

Para ejercer ese control la autoridad de aplicación está facultada para realizar inspecciones y pericias (art. 136, inc. 3º). Constatada la existencia de cláusulas abusivas, la ANCON deberá comunicar al proveedor que se vincule con los consumidores mediante contratos por adhesión con la finalidad de que se eliminen o modifiquen esas estipulaciones que el ordenamiento rechaza y que anoticie a los consumidores con quienes se vinculó a efectos de que puedan ejercer los derechos que les asisten en tales casos.

Se ha señalado que este control es una especie de tutela inhibitoria de carácter administrativo (14).

Es palmario que el control administrativo tiene alcances más modestos que el judicial. Es que recae únicamente sobre las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas, redactadas unilateralmente por el proveedor del bien o servicio, mientras que la actuación jurisdiccional no encuentra esas limitaciones.

#### **IV.2. Autoridad nacional o provincial**

Si los contratos requirieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, esta adoptará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación.

---

(14) MÜLLER, Enrique C., "Las cláusulas abusivas en el marco contractual de los derechos del consumidor", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, nro. 1, p. 187.

Como está dispuesto en el art. 135 la autoridad nacional de aplicación, sin perjuicio de las facultades que son competencia de las autoridades locales de aplicación, podrá actuar concurrentemente en el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de la presente ley.

El art. 48 del Anteproyecto permite una actuación coordinada en el orden nacional como en el provincial con el propósito de expurgar de los contratos estandarizados o similares las cláusulas descriptas por el art. 47. Si la ANCON detectara, sea por haber procedido oficiosamente o por mediar denuncia de algún consumidor o interesado, o aun proveniente el aviso de cualquier particular, deberá pedir que el organismo competente adopte las medidas conducentes a la mutación del contrato tipo.

No advierto que haya posibilidad de colisión de competencias exclusivas entre las autoridades involucradas porque cada cual actuará en la esfera de sus propias incumbencias. Téngase en cuenta que la ANCON no tendrá la facultad de requerir que se introduzcan modificaciones si el proveedor está sometido a distinta autoridad (15).

#### **IV.3. El régimen español**

El art. 81, de la legislación española establece:

1. Las empresas que celebren contratos con los consumidores y usuarios, a solicitud de la Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria y Nutrición, de los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a remitir

---

(15) WAJNTRAUB, Javier H., *Régimen jurídico del consumidor comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 244, sostiene en referencia al art. 39 LDC que "lo que se pretende con la regulación es que las autoridades públicas que tengan a su cargo el control y aprobación de condiciones generales, a pedido de la autoridad de aplicación de la ley 24.240, tomen las medidas necesarias para la modificación de los contratos tipo de acuerdo a lo preceptuado por el estatuto del consumidor. Esta previsión es extensiva a los fines de las futuras aprobaciones que tuvieran que otorgar los organismos competentes". Esas consideraciones pueden aplicarse a la regulación inserta en el Anteproyecto.

las condiciones generales de contratación que integren dichos contratos, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, al objeto de facilitar el estudio y valoración del posible carácter abusivo de determinadas cláusulas y, en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control y sanción les atribuye esta ley. 2. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia. 3. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios, prevista en esta u otras leyes, todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta norma.

“Art. 49.— *Interpretación e integración del contrato de consumo.* La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

“Para la integración del contrato en caso de nulidad de cláusulas abusivas, se estará a lo dispuesto en el artículo 1122 inciso c) del Código Civil y Comercial”.

## V. El control judicial

El art. 49 contiene reglas referidas al control judicial que se complementan con las disposiciones del Cód. Civ. y Com., tanto en el régimen de las cláusulas abusivas en los arts. 1117 y ss., como en relación con los contratos por adhesión en los arts. 984 y ss.

La propia materia regulada constituye la mejor demostración de la referencia al control judicial. Debe tenerse en cuenta que (i) la aprobación administrativa de los contratos de consumo o de sus cláusulas no obsta a tal control (art. 1122, inc. c)], y (ii) la aprobación administrativa de las cláusulas generales de los contratos por adhesión no obsta a su control judicial (art. 989).

Ya han quedado expuestas cuáles son las cláusulas abusivas previstas en el Cód. Civ. y Com. y en el Anteproyecto, de manera que no se reiterarán ahora. Es suficiente con señalar que este control está sujeto a limitaciones legales. El art. 1121 excluye a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado (16); y b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

Es curioso advertir que el art. 51, X, del Código del Brasil contiene disposición exactamente inversa, pues sanciona con la nulidad de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al suministro de productos y servicios que permitan al proveedor, directa o indirectamente, alterar el precio de manera unilateral.

### V.1. La interpretación en favor del consumidor

Es principio consolidado y aceptado prácticamente sin reservas que, como se dispone actualmente en el art. 37 LDC, el contrato debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor. Ello se justifica por el desequilibrio ínsito en toda relación de consumo y la debilidad derivada del dispar acceso a la información. Si se añaden las prácticas de comercialización que se asientan en la estandarización y la creación de vínculos simplemente adhesivos, tanto en relación con bienes suntuarios como a aquellos de extrema necesidad, la razonabilidad de esta preferencia legislativa por el más vulnerable surge evidente.

El Anteproyecto reitera este criterio rector en materia de contratos de consumo y lo complementa con el no menos aceptado en el sentido de que si existen dudas sobre los alcances de la obligación asumida por el consumidor se estará por la que sea menos gravosa, que cuenta también con larga tradición legislativa en nuestro medio jurídico.

(16) JUNYENT BAS, FRANCISCO - MEZA, MARIANA INÉS, “Contratos de consumo”, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, José María Curá (dir.), t. III, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 1006, opinan que “la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no podrá resultar de la definición del objeto principal del contrato, ni de la adecuación existente entre los dos polos correspondientes: el precio o retribución pagados por los bienes o servicios que se habrán de brindar o hayan sido otorgados”.

La interpretación de esta clase de contratos debe responder a la exigencia del art. 987 Cód. Civ. y Com. que, ante la existencia de cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes, ordena que deben interpretarse en sentido contrario a la parte predisponente.

En sentido concordante, el art. 47 del Código brasileño dispone que las cláusulas contractuales serán interpretadas de la manera más favorable para el consumidor.

## V.2. La integración del contrato

Si el juez declara la nulidad de una o más cláusulas en razón de juzgarlas abusivas, esto es, si el contrato quedara afectado sólo parcialmente, deberá proceder a su integración. Esa es la solución de los arts. 989 y 1122, inc. c), Cód. Civ. y Com., que reconoce el antecedente del art. 37 LDC.

La pauta que rige este punto es la que fluye del texto del art. 389 Cód. Civ. y Com., que describe a la nulidad parcial como aquella que afecta a una o varias de las disposiciones de un contrato. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo con su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.

En relación con los contratos de consumo no es aventurado postular la integración del contrato con base en la aplicación de las normas que sean más favorables para el consumidor, con arreglo al principio que sienta el mismo precepto legal (17).

“Art. 50.— *Incumplimiento*. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, surgidas de situaciones antedcontractuales, la oferta, la publicidad o el contrato, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, según el caso y a su libre elección a:

“1. Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;

“2. Reclamar otro producto o prestación de servicio económicamente equivalente;

“3. Resolver el contrato mediante la notificación fehaciente de su voluntad extintiva. Respecto de sus efectos, resultará de aplicación lo previsto en los artículos 1081, 1082 y 1083 del Código Civil y Comercial.

“Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños que correspondan, como también del ejercicio opcional del régimen de garantías, dentro de los límites que resultan del ejercicio regular de los derechos”.

## VI. Incumplimiento imputable al proveedor

A fin de proteger al consumidor de las consecuencias del incumplimiento del proveedor, el Anteproyecto reprodujo en el art. 50, con algunas variantes para ajustar el texto a las reglas del Cód. Civ. y Com., aquello que estaba previsto en el art. 10 bis LDC (incorporado por la ley 24.787). Pero es de suma trascendencia la extensión a los incumplimientos operados en la etapa precontractual y a la publicidad.

El incumplimiento puede provenir de la inejecución o de la ejecución tardía y puede ser total —o absoluto— o parcial. No debe revestir el carácter de esencial porque el artículo no formula distingo alguno. En cuanto a su naturaleza, en relación con el texto del art. 10 bis LDC, se ha dicho que es “un verdadero pacto comisorio tácito de consumo con características peculiares, toda vez que no cualquier incumplimiento debiera habilitar al sujeto tutelado a hacer valer las prerrogativas de la norma” (18).

En posición diametralmente opuesta se ha postulado que el incumplimiento debe estar dotado de entidad suficiente, pues si fuera nimio el consumidor no tendría habilitación legal para ejercer las opciones que se le atribuyen (19).

(17) Esta parece ser la opinión de WAJNTRAUB, Javier H., *Régimen jurídico del consumidor comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 221.

(18) *Ibídem*, p. 102.

(19) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor Comentado*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 410.

### VI.1. La etapa precontractual

Una de las novedades más impactantes que significó la sanción de la ley 24.240 fue, indudablemente, la extensión del deber de actuar con buena fe en la etapa precontractual que puso fin a largas y tediosas discusiones, hoy afortunadamente echadas al olvido.

El art. 50 expresamente reconoce que, en lo que denomina *situaciones antecontractuales*, puede producirse el incumplimiento de las obligaciones que incumben al proveedor. Cobra sentido lo afirmado en relación a la LDC (art. 10 bis) en relación a la existencia de incumplimientos no incluidos en su texto (20), pues la nueva regulación acabó por darle razón.

Ceñido el análisis a las alternativas previas a la conclusión del contrato y con referencia al régimen de la LDC, Lorenzetti sostuvo que en los contratos de adhesión a cláusulas unilateralmente predisuestas la responsabilidad en el plano precontractual recae en el estipulante, que queda sometido a las expectativas generadas a la parte adherente y deriva del deber —obligación— de proveer información clara, veraz, detallada (art. 4º LDC), de manera que se consolida un “crédito a la información” en quien se adhiere (21). A ello es pertinente aditar que la carga de información debe satisfacer la exigencia de “suficiencia”, que supone examinar detenidamente las circunstancias del caso y la razonabilidad en la previsión de las consecuencias (art. 961 Cód. Civ. y Com.).

De esta manera, el consumidor o usuario se halla amparado desde la génesis de esas situaciones antecontractuales, durante la oferta, la publicidad o luego de celebrado el contrato, ante la inexecución por el proveedor de las obligaciones que estaban a su cargo, surjan ellas de la ley o de la estipulación.

(20) PICASSO, Sebastián, “Comentario al art. 10 bis LDC”, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 156.

(21) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 217, quien advierte una “amplia consagración del deber de informar en la etapa de formación del contrato”.

La tutela consiste en permitir al consumidor afectado, según el caso, el ejercicio de la opción que más se conforme a sus intereses entre las tres variantes que el artículo enuncia.

### VI.2. Cumplimiento forzado

El consumidor puede requerir el cumplimiento forzado de la prestación no ejecutada o mal ejecutada si tiene interés en ello. Pero la norma aclara que podrá pretender el cumplimiento siempre que fuera posible. De otro modo, deberá aceptar el resarcimiento en dinero o resolver el contrato con reclamo de los daños padecidos.

Pero como fue dicho “esta disposición tiene un efecto práctico relativo ya que nadie puede ser obligado a un hacer. Por esta razón si un proveedor decide no cumplir su obligación, en última instancia será resarcir al consumidor afectado” (22).

### VI.3. Reclamo sustitutivo

El Anteproyecto autoriza al consumidor a requerir otro producto o prestación de servicio económicamente equivalente.

Debe resaltarse que la facultad conferida al afectado no consiste en obtener algún bien o servicio idéntico a aquel cuya entrega o prestación se omitió, sino a obtener algo de valor económico similar, que puede ser escasamente mayor o menor. La expresión *económicamente equivalente* no deja margen para concluir de manera diversa.

### VI.4. Resolución contractual

Finalmente, el consumidor o usuario puede resolver el contrato mediante la notificación fehaciente de su voluntad extintiva, pero sin que sea necesaria la intimación previa (23). En este

(22) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor Comentado*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 416.

(23) SCHVARTZ, Liliana, *Derecho del consumidor según la ley 24.240 y el Código Civil y Comercial*, García Alonso, Buenos Aires, 2016, p. 114. De esta manera, se postula la inaplicabilidad del emplazamiento que exige el art. 1088, inc. c), Cód. Civ. y Com., que de todos modos no es requerido si el plazo vencido es esencial. Coinciden CHASARES, Marcela - FERNÁNDEZ BARREDO, Ramiro -

caso, en relación con sus efectos se aplicará lo que disponen los arts. 1081 a 1083 Cód. Civ. y Com.

Por lo tanto, si se trata de la extinción de un contrato bilateral: a) la restitución debe ser recíproca y simultánea; b) las prestaciones cumplidas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes, si son divisibles y han sido recibidas sin reserva respecto del efecto cancelatorio de la obligación; c) para estimar el valor de las restituciones del acreedor se toman en cuenta las ventajas que resulten o puedan resultar de no haber efectuado la propia prestación, su utilidad frustrada y, en su caso, otros daños (art. 1081).

En cuanto a la reparación del daño, cuando procede, queda sujeta a estas disposiciones: a) el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos en este capítulo, en el título V de este Libro, y en las disposiciones especiales para cada contrato; b) la reparación incluye el reembolso total o parcial, según corresponda, de los gastos generados por la celebración del contrato y de los tributos que lo hayan gravado; c) de haberse pactado la cláusula penal, se aplica con los alcances establecidos en los arts. 790 y ss. (art. 1082).

El consumidor tiene la facultad de resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte lo incumple. Pero los derechos de declarar la resolución total o la resolución parcial son excluyentes, por lo cual, habiendo optado por uno de ellos, no puede ejercer luego el otro. Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor solo puede resolver íntegramente el contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial (art. 1083).

#### **VI.5. La acción de daños**

La opción conferida al consumidor no es obstáculo para la promoción de las acciones de daños que correspondan, como también del ejercicio opcional del régimen de garantías (descriptas por los arts. 53 a 58 del Anteproyecto), dentro de los límites que resultan del ejercicio regular de los derechos.

Es evidente que en esta materia regirán las reglas generales del Cód. Civ. y Com., además de las particulares del ordenamiento tutelar de consumidores y usuarios.

#### **VI.6. Caso fortuito y fuerza mayor**

Como con acierto se ha dicho, el caso fortuito o fuerza mayor para obstar a la aplicación del art. 50 en comentario no debe ser imputable al proveedor. “Por esta razón todas aquellas situaciones que puedan quedar comprendidas dentro de su área de riesgo empresario lo obligarán a responder” (24).

Lúcidamente agregó, aunque en relación al art. 10 bis LDC, que “el art. 1731 del Cód. Civ. y Com. establece que ‘para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito’, es decir, debe tratarse de algo ‘que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado’ (art. 1730). En cuanto a la imposibilidad de cumplimiento, el deudor puede quedar eximido de responder ‘si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos’ (art. 1732, Cód. Civ. y Com). El art. 1773 del citado Código establece, por su parte, una serie de situaciones en las cuales no se podrá hacer valer la eximición de responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Ellas serían: 1.- Si se ha asumido el cumplimiento, aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad. 2.- Si existe una norma que no libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. 3.- Cuando se está en mora, ‘a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento’. 4.- Si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevinieron por su culpa. 5.- Cuando el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa

TRACOGNA, Donato, “Derechos del Consumidor”, en *Tratado de Derecho Comercial*, Ernesto E. Martorell (dir.), t. II, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 813.

(24) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor Comentado*, cit., p. 412.

o la actividad. 6.- Si se está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito”.

Las eximentes que el art. 50 reconoce, tradicionales en el sistema codificado argentino, autoriza a interpretar que la responsabilidad del proveedor en el contrato de consumo es obje-

tiva y no puede invocar su obrar diligente para excusar esa responsabilidad (25).

---

(25) PITA, Enrique Máximo - MOGGIA DE SAMITIER, Catalina, “Ley de defensa del consumidor”, en *Código de Comercio Comentado*, Adolfo A. N. Rouillon (dir.), t. V, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 1130-1131.



**GARANTÍA POR VICIOS DE  
CALIDAD POR INADECUACIÓN Y  
SERVICIOS AL CONSUMIDOR**  
.....



# El régimen de garantía en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

DIEGO H. ZENTNER (\*)

## *Capítulo 6 - Garantía por vicios de calidad por inadecuación*

### *Sección 1ª - Aspectos generales*

*“Art. 51. — Vicios de calidad por inadecuación. Los proveedores de bienes y servicios son solidariamente responsables, en los términos previstos en este Capítulo, por los vicios de calidad por inadecuación.*

*“Los bienes o servicios de consumo tienen un vicio de calidad por inadecuación cuando:*

*“1. Sean impropios para el consumo al que se destinan de acuerdo a su función. En materia de servicios ello ocurrirá cuando no se adecuen a las normas administrativas o a los resultados que razonablemente puede esperarse de los mismos;*

*“2. No tengan cierta calidad o funcionalidad durante un tiempo determinado o exista obsolescencia programada;*

*“3. Afecten la identidad entre lo contratado y lo efectivamente entregado;*

*“4. Exista disparidad, más allá de las variaciones resultantes de la naturaleza del bien, entre las cantidades informadas en el envase, empaque, rotulado o publicidad y el contenido neto;*

*“5. El bien o el servicio no satisfaga las expectativas legítimas que cabe al adquirente esperar de esa clase de bienes.”*

## **I. Comentario del art. 51**

### **I.1. Cuestiones metodológicas**

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor se ha propuesto rediseñar el sistema de garantías legales sobre bienes y servicios. Según se expresa en los Fundamentos que lo preceden, el propósito de las normas proyectadas es promover una nueva sistematización del régimen de vicios, mediante un esquema de garantías por vicios de calidad por inadecuación, siguiendo el modelo del CDC de Brasil.

La preceptiva en análisis ocupa una sección especial dentro del ámbito de la “Protección Contractual del Consumidor” (título II), denominada “Garantía por vicios de calidad por inadecuación” (capítulo 6), que abarca los arts. 51 a 64. Luego, se presentan los diversos tópicos que componen la regulación: aspectos generales (sección 1ª); garantías abarcadas: garantía de funcionamiento y calidad de cosas muebles, suministro de partes y repuestos, garantía por la prestación de servicios (sección 2ª); secuencia y procedimiento para la efectivización del servicio técnico de cosas muebles (sección 3ª); vicios ocultos en el ámbito inmobiliario (sección 4ª).

---

(\*) Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Adjunto Regular por Concurso de Contratos Civiles y Comerciales y Derecho del Consumidor (Fac. Derecho, UBA). Profesor Titular de Contratos Civiles y Comerciales (Fac. de Cs. Juríd. y Soc., UCES). Profesor de Posgrado UBA, UP, UCA y UCES. Autor del libro “Contrato de Consumo” (La Ley), de numerosas publicaciones y coautor de obras colectivas. Miembro titular e invitado en Congresos y Jornadas de la especialidad, nacionales e internacionales.

El bloque normativo programado por los integrantes de la Comisión Reformadora supera las deficiencias de método advertidas en la LDC sobre esta materia en el asistemático capítulo IV (arts. 11 a 18), cuyo equívoco título de “Cosas muebles no consumibles”, no solo es incongruente con el objeto regulado (precisamente, el sistema de garantías), sino que además no precisa de manera adecuada el ámbito de aplicación de las normas allí dispuestas y parece dejar afuera del régimen a los bienes inmuebles.

### ***1.2. Delimitación conceptual del sistema de garantías legales***

A diferencia de otras disciplinas, en el Derecho del Consumidor el término “garantía” es entendido en un sentido estricto, orientado a la protección de los usuarios a través de normas que aseguran la adecuación de los bienes y servicios en cuanto a su correcto funcionamiento y a la observancia de las calidades prometidas.

Es menester aclarar que el sistema de garantías legales constituye una vía alternativa que la ley consagra a favor del consumidor, pues la existencia de un defecto en la cosa o en el servicio implica un incumplimiento relativo por parte del proveedor que no cumple con las características prometidas, lo que habilita al consumidor a ejercer cualquiera de las pretensiones que contempla la ley<sup>(1)</sup>, cuestión que el último párrafo del art. 50 del Anteproyecto expresamente contempla al referirse al “ejercicio opcional del régimen de garantías”. Así, el usuario puede pedir el cumplimiento del contrato, decidir su resolución y, en cualquier caso, reclamar los daños y perjuicios.

Para un apropiado abordaje del tema, resulta conveniente discriminar técnicamente los vicios de calidad del producto, según los bienes jurídicos que afectan: vicios de calidad por inseguridad y vicios de calidad por inadecuación. La primera categoría se concentra en garantizar la salud y seguridad física y psíquica del consumidor y, en caso de daño, indemnizarlo por los perjuicios extrínsecos del producto; la segunda

apunta a preservar la integridad económica del consumidor e indemnizarlo por los perjuicios intrínsecos del bien. En este orden, mientras el sistema resarcitorio por accidentes de consumo está dirigido a la reparación de los daños a la persona, el régimen de garantías protege al consumidor cuando el bien o servicio que adquiere no cumple la función a la que está destinado o lo hace defectuosamente. Es entonces un acierto del Anteproyecto haberse referido al tema en tratamiento bajo el título de “Garantía por vicios de calidad por inadecuación”.

### ***1.3. Vicios de calidad por inadecuación: casos comprendidos***

El art. 51 tipifica las diversas clases de vicios de calidad que activan la responsabilidad de los proveedores en los términos de este capítulo. Como veremos a continuación, el espectro de situaciones previstas es bastante más abarcativo que el disciplinado por la ley 24.240.

a) Inadecuación estructural para su destino. El caso del inc. 1º es el más representativo en lo concerniente a defectos en las cosas y servicios de consumo. Se trata de los vicios que tornan a la prestación impropia para la función a la que se destina. La garantía de buen funcionamiento de los bienes es una exigencia indispensable para implementar un sistema adecuado de protección postcontractual del consumidor.

Dado el fundamento mismo de la garantía legal, puede afirmarse que todo supuesto de mal funcionamiento que acaece dentro del plazo establecido genera la presunción *iuris tantum* de que la inadecuación se origina en el vicio o defecto de la cosa o servicio. Si el proveedor pretende eximirse de las obligaciones que le impone la ley, debe acreditar que los desperfectos son atribuibles a la conducta del adquirente<sup>(2)</sup>.

Se agrega que en materia de servicios se considera que existe impropiedad funcional cuando no se adecuan a las normas administrativas o a los resultados razonablemente esperados. La cuestión atañe a los servicios que

(1) FRUSTAGLI, Sandra A., “Contrato de consumo y prescripción de la acción por vicios rehdibitorios”, JA 2004-II, fasc. nro. 6. Conf. CNCiv, sala D, 25/3/2008, “Gudauskas, Sandra R. y otro c. Alba S.A. y otro”, Lexis 70046453.

(2) JAPAZE, Belén, “Garantía legal por vicios de la cosa objeto del contrato. El derecho del consumidor a demandar la sustitución del bien y la indemnización de los daños derivados”, JA 2009-III, fasc. nro. 10.

tienen su regulación a través de disposiciones administrativas, lo que incluye a los servicios públicos domiciliarios. Aun en ausencia de normativa regulatoria, la regla proyectada fija un estándar de razonabilidad basado en las expectativas razonables del consumidor según la índole y condiciones del servicio contratado.

Como se aprecia, no se formula distinción alguna entre defectos ocultos y defectos visibles, por lo que el régimen excede el marco de la garantía ordinaria por vicios ocultos o redhibitorios estructurada por el régimen general.

b) Inadecuación por falta de durabilidad. El inc. 2º contempla los defectos de calidad que impiden que el producto o servicio presenten un correcto funcionamiento durante en el tiempo en que están destinados a satisfacer. Entendemos que puede ser encuadrada como una subcategoría de la anterior, solo que referida a los bienes y servicios durables, con la que se intenta prevenir las prestaciones de calidad efímera.

Nos parece sumamente feliz la previsión acerca de la inadecuación derivada de la obsolescencia programada, de especial importancia en las prestaciones tecnológicas. Con ella, quedarían abarcadas varias situaciones lesivas que no necesariamente obedecen a problemas de calidad intrínseca del producto o servicio, sino a la imposibilidad sobreviniente de adaptación del bien a los nuevos requerimientos técnicos y que obligan al consumidor a una renovación constante. Además, esta condición tiende a fomentar el consumismo. Un ejemplo de lo descrito son los equipos de telefonía móvil que no responden a los nuevos sistemas operativos impuestos por el fabricante.

c) Inadecuación a las calidades prometidas. Se reproduce en el inc. 3º una noción que estaba prevista en la ley 24.240 y que califica como inadecuadas a aquellas prestaciones de los proveedores que no permiten verificar una identidad entre las condiciones contratadas y lo efectivamente entregado o brindado.

En esta hipótesis, la inadecuación tampoco proviene de una falla estructural del bien o servicio, sino del incumplimiento del proveedor en punto a las propiedades, utilidades o funcionalidades a las que se comprometió conven-

cionalmente. Para la ponderación de la calidad exigible en este supuesto se prescinde de las características inherentes a la prestación, ya que lo que se juzga es el nivel de calidad que el proveedor asumió expresamente satisfacer.

Esta solución es consistente con el principio de identidad del pago del art. 867 del Cód. Civ. y Com. Creemos que también se encuentran incluidas en la norma las manifestaciones previas al contrato, como la oferta o las precisiones publicitarias, en tanto constituyen fuentes de regulación contractual.

d) Inadecuación a las cantidades informadas. El inc. 4º del art. 51 recoge una problemática frecuente en las relaciones de consumo sobre productos que se comercializan por medidas de volumen o peso. Según el precepto propuesto, se considera vicio de calidad por inadecuación el que resulta de la disparidad entre las cantidades informadas en el envase, empaque, rotulado o publicidad y el contenido neto.

Lo que aquí se considera no son las fallas estrictamente cualitativas del bien, sino su falta de adecuación cuantitativa a las precisiones informadas, por ejemplo, en cualquier leyenda incluida en el embalaje del producto.

e) Inadecuación a las expectativas legítimas. El último caso, mencionado en el inc. 5º, cubre los vicios del bien o servicio por la falta de correspondencia con las expectativas legítimas del adquirente sobre esa clase de prestaciones. La categoría permite captar dentro de la tutela comentada a aquellos defectos que, sin necesidad de tornar impropia a la prestación para su destino, afectan la calidad esperada del bien en función de sus características especiales. Tomando como ejemplo la adquisición de un automotor 0 km, podría decirse que la falla en el sistema de transmisión hace a un desperfecto estructural (previsto en el inc. 1º), mientras que, si se trata de un vehículo de alta gama, el consumidor podría aspirar a otros estándares, como la aceleración en menor tiempo o detalles de confort más refinados; allí es donde jugaría la previsión del inc. 5º.

#### ***1.4. Responsabilidad solidaria***

En consonancia con el art. 13 de la ley 24.240, el primer párrafo del art. 51 establece la responsabi-

alidad solidaria de los proveedores de bienes y servicios por los vicios de calidad por inadecuación.

En tal lógica, el consumidor afectado tiene derecho a hacer valer la garantía legal, así como la consecuente responsabilidad por su inejecución contra todos los proveedores involucrados, sin perjuicio de las estipulaciones que pudieran existir entre éstos, cuya eficacia corresponde al plano de las relaciones internas.

Se omite ahora la mención de los distintos sujetos intervinientes en cadena producción y comercialización (fabricante, importador, vendedor), siendo que basta con remitirse a la noción de proveedor del art. 4º del Anteproyecto, que detalla a todos los integrantes del circuito económico de los bienes y servicios de consumo.

*“Art. 52.— Cláusula de restricción o exclusión de garantía. Son cláusulas abusivas las de restricción o exclusión de la garantía por vicios de calidad por inadecuación o las que atenúan de cualquier manera las obligaciones o responsabilidades del proveedor al respecto.”*

## II. Comentario del art. 52

### II.1. Indisponibilidad del régimen de garantías

Consecuente con el orden público que informa a las normas de protección del consumidor, el Anteproyecto declara abusiva cualquier cláusula que importe limitar total o parcialmente las responsabilidades del proveedor por las garantías derivadas de los vicios de calidad por inadecuación.

Con ello, se evita que el predisponente, haciendo valer su superioridad económica y técnica sobre el consumidor, imponga esta clase estipulaciones leoninas en los contratos celebrados mediante adhesión a condiciones generales, con las que se pretenda desbaratar la protección en el plano de las garantías legales. La renuncia a los reclamos que derivan de las garantías constituye un traslado de riesgos materiales al consumidor que desnaturaliza las obligaciones.

En tal sentido, la prohibición contenida en el precepto complementa el enunciado general sobre control de contenido previsto por el art. 47 y, en principio, no afecta la subsistencia del resto

de las cláusulas contractuales, de conformidad con el alcance parcial de la nulidad contractual.

Es de hacer notar que la nulidad que afecta la cláusula prohibida por la norma es de carácter absoluto, en atención al interés tutelado, por lo que no puede ser objeto de confirmación alguna. La cuestión no es menor, en tanto ello no deja margen para ningún artificio por el que se intente convalidar la renuncia del consumidor a la garantía legal, ni siquiera mediando una contrapartida económica a su favor (p.ej., la compra de un bien a precio promocional).

### Sección 2ª - Garantías

*“Art. 53.— Garantía de servicio técnico de cosas muebles. En los casos de los vicios de calidad por inadecuación previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 51, los proveedores estarán obligados por una garantía posterior a la comercialización que tendrá un plazo de duración de seis (6) meses cuando se trate de bienes muebles de consumo usados y de un año cuando se trate de bienes muebles de consumo nuevos. Ambos plazos se cuentan desde que el consumidor recibe el bien. Durante la vigencia de la garantía, serán a cargo del responsable de la misma todos los gastos necesarios para la reparación de la cosa.”*

*“Los proveedores tienen la obligación de garantizar un servicio técnico a los consumidores y son solidariamente responsables por su correcta y adecuada organización y prestación efectuada en el servicio post venta.”*

## III. Comentario del art. 53

### III.1. Plazos de garantía legal

Con sentido tuitivo, el Anteproyecto amplía el término de vigencia de la garantía legal de seis meses a un año para cosas muebles nuevas y de tres a seis meses para las usadas. El nuevo plazo previsto para los bienes muebles nuevos supera incluso el que el Código Civil y Comercial fija en el art. 1055, inc. b), para la responsabilidad por vicios ocultos sobre cosas muebles, que es de seis meses.

Los plazos se computan a partir de la entrega, más propiamente, desde que el consumidor recibe en forma efectiva el bien, por lo

que carece de relevancia el momento de celebración del contrato.

Al igual que en el régimen de la ley 24.240, se entiende que es un término de caducidad, y ello es expresamente ratificado por el art. 55 del Anteproyecto. De este modo, los defectos o la disconformidad deben aparecer dentro de los seis meses o un año desde la recepción de la prestación por el usuario.

El término se considera prolongado durante todo el tiempo en que el consumidor se vea privado del uso de la cosa sometida a garantía, contado desde que entrega la cosa al sujeto responsable y hasta su efectiva devolución (art. 59, párrs. 5º y 6º).

Cuando el vendedor o comercializador no notifica al fabricante o importador la entrada en vigencia de la garantía de una cosa, esta comienza a regir desde la fecha del documento de venta (art. 54, inc. 1º).

En cualquier caso, el término de caducidad debe articularse con el que corresponde a la prescripción de la acción (3). En el caso del Anteproyecto, ha de estarse al plazo imperativo mínimo de tres años que se intenta instituir en el art. 183.

### III.2. Objeto del sistema de garantías

El esquema legal proyectado sigue presentando como característica superadora del sistema tradicional la circunstancia de atribuir singular relevancia a la reparación del producto vicioso o defectuoso por parte del responsable de la garantía, a través de una regulación pormenorizada de las condiciones en que esta debe llevarse a cabo y las consecuencias que se derivan de las eventuales reparaciones insatisfactorias (4).

(3) XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009, Comisión Nro. 9. En el mismo sentido: FRUSTAGLI, Sandra A. -HERNÁNDEZ, Carlos A., "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual", JA 2008-II, fasc. nro. 9.

(4) BRU, Jorge M., "Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor", en *Manual de Derecho del Consumidor*, Rusconi, Dante D. (dir.), La Ley, Abeledo Perrot., Buenos Aires, 2ª ed., 2015, p. 550.

Recaen sobre los proveedores responsables de la garantía legal todos los gastos necesarios para la reparación de la cosa, durante el término de su vigencia. Ello incluye no solo las erogaciones por repuestos, piezas o mano de obra, sino que es comprensivo de los gastos de traslado del bien a la fábrica o taller habilitado, así como del flete, seguro y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución de la garantía (art. 59, párr. 2º).

La norma que se propone contempla la responsabilidad solidaria de los proveedores obligados por la correcta organización y prestación del servicio técnico post venta. Con esta previsión, se neutralizan los efectos jurídicos que podrían seguirse de la eventual subcontratación o delegación en terceros de funciones a cargo del fabricante o vendedor a los fines de la efectiva ejecución de la garantía. En otras palabras, nada impide la tercerización de los servicios técnicos de los proveedores, pero esta interposición no puede operar como barrera o impedimento para la responsabilidad de los sujetos señalados como legitimados pasivos.

En cambio, no se establece quiénes son los beneficiarios o acreedores de la garantía prevista por este dispositivo. No obstante, estimamos que se encuentran facultados para reclamar el cumplimiento de la garantía legal tanto el consumidor contratante o directo como los eventuales subadquirentes del bien (5). En el caso de estos últimos (consumidores indirectos), claro está, solo gozan del plazo complementario restante al transcurrido desde la adquisición original.

*"Art. 54.— Certificado de garantía de cosas muebles. El certificado de garantía debe respetar las condiciones de formalización previstas en el artículo 39, primer párrafo, y contendrá como mínimo:*

*"1. La identificación del vendedor o comercializador, fabricante, importador o distribuidor responsable de la misma. Cuando el vendedor o comercializador no notificara al fabricante o importador la entrada en vigencia de la garantía de una cosa, la misma comenzará a regir desde la fecha del documento de venta;*

(5) Arg. art. 11, párr. 1º, ley 24.240.

*“2. La identificación de la cosa con las especificaciones técnicas necesarias para su correcta individualización;*

*“3. Las condiciones de uso, instalación y mantenimiento necesarias para su funcionamiento;*

*“4. Las condiciones de validez de la garantía y su plazo de extensión;*

*“5. Las condiciones de reparación de la cosa con especificación del lugar donde se hará efectiva.*

*“En caso de ser necesaria la notificación al fabricante o importador de la entrada en vigencia de la garantía, dicho acto estará a cargo del vendedor. La falta de notificación no libera al fabricante o importador de la responsabilidad solidaria que pudiera corresponder.*

*“Cualquier cláusula cuya redacción o interpretación contraríen las normas del presente artículo es nula y se tendrá por no escrita.”*

#### **IV. Comentario del art. 54**

##### **IV.1. Certificado de garantía**

Como recaudo formal en materia de comercialización de cosas muebles, debe entregarse al consumidor un certificado de garantía, entendiéndose por tal un instrumento por el cual se hace conocer al usuario de la cosa o servicio objeto de comercialización el derecho a solicitar su reparación gratuita al sujeto legalmente responsable, que debe serle entregado al tiempo de la tradición del bien (6).

Por remisión a lo preceptuado por el art. 39, párr. 1º, se exige para la instrumentación del certificado que la redacción se haga en tantos ejemplares como partes intervengan en la relación contractual.

Es preciso integrar el tema aquí tratado con el deber legal de información. De allí que, según entendemos, el certificado debe extenderse en idioma nacional (español), de manera legible y comprensible.

(6) Conf. SAGARNA, Fernando A., en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 192-193.

Según el artículo en comentario, existe un contenido mínimo del certificado de garantía mediante una serie de especificaciones sobre diversos extremos: a) del proveedor (identificación del vendedor, fabricante, importador o distribuidor); b) de la cosa (individualización, detalles técnicos, condiciones de uso, instalación y mantenimiento); c) de la garantía misma (condiciones de validez, plazo de extensión, condiciones de reparación, lugar de ejecución).

Asimismo, se prevé que de ser necesaria la notificación al fabricante o importador de la entrada en vigencia de la garantía, dicho acto estará a cargo del vendedor, sin que su inobservancia justifique liberar a aquellos de la responsabilidad establecida en el art. 51. La mención es pertinente, dado que en la realidad de la actividad mercantil el certificado original de garantía proviene del fabricante o importador del producto. También es lógico que no se le exija al consumidor la carga de la notificación, ni que su incumplimiento enerve las obligaciones legales del fabricante o importador.

Cualquier cláusula que contraríe estas disposiciones (v.gr., que exima al empresario del deber de extender el certificado de garantía o de observar sus requisitos formales) se tiene por no convenida. Si bien compartimos el temperamento en este sentido, nos parece que la mención es ociosa, habida cuenta la previsión global de ineficacia clausular del art. 52 ya comentado.

*“Art. 55.— Garantía convencional. El otorgamiento a título gratuito u oneroso de una garantía convencional, determina que el cómputo de los plazos de caducidad previstos en el artículo 53, comiencen a correr una vez extinguida aquélla.”*

#### **V. Comentario del art. 55**

##### **V.1. Alcance y cómputo de la garantía convencional**

Como hemos visto, las garantías legales son un piso mínimo e indisponible que imponen a los proveedores una serie de deberes circunstanciados. Empero, este sistema de garantías obligatorias no obsta a la estipulación entre las partes de otras más amplias o abarcativas. Se trata de las garantías convencionales o voluntarias.



De este modo, el cúmulo de exigencias provenientes de las normas sobre vicios de calidad por inadecuación obligatoria es independiente de las garantías convencionales de buen funcionamiento que el proveedor decida ofrecer al consumidor, las que, en todo caso, solo podrían ampliar la protección que dispensa la ley al usuario, mas no cercenarla.

Ya en la ley 22.802 de Lealtad Comercial se fijó un deber a cargo de quienes brindan garantías voluntarias por bienes o servicios, de “informar claramente al consumidor sobre el alcance y demás aspectos significativos de aquélla” (art. 12, inc. j)).

El art. 55 del Anteproyecto regula el otorgamiento de garantías convencionales con el solo efecto de asegurarle al consumidor que el cómputo de los plazos de vigencia de la garantía obligatoria (un año o seis meses, según el caso), recién comience a correr una vez extinguido el término de garantía voluntaria. De tal forma, el consumidor ha de gozar de un plazo extendido de garantía que suma a ambas modalidades en lugar de superponerlas.

Con buen tino, la previsión abarca no solo las garantías voluntarias (que funcionan como una suerte de “seguro” contratado por el consumidor), sino también las concedidas por el proveedor a título gratuito (p.ej., garantías de funcionamiento del fabricante de automotores).

*“Art. 56. — Garantía de suministro de partes y repuestos. Pese a la extinción de la garantía indicada en el artículo 53, los proveedores tienen la obligación de asegurar al consumidor el suministro de partes y repuestos, durante un lapso razonablemente esperado según la naturaleza del bien. El vendedor podrá quedar eximido cuando exceda su previsible disponibilidad.”*

## VI. Comentario del art. 56

Como parte de los deberes postcontractuales atinentes al sistema de garantías, también se les impone a los proveedores (fabricantes, importadores, vendedores, etc.) asegurar a los usuarios un servicio técnico adecuado, y el suministro de partes y repuestos, más allá del tiempo de vigencia de la garantía (art. 12, LDC).

Ya se ha objetado de su homólogo en la ley 24.240 (el art. 12) que la disposición es ajena al

régimen de garantía legal y constituye un deber distinto y adicional, cuya efectiva prestación resulta de carácter oneroso, a diferencia de lo que ocurre con la garantía legal, sin cargo para el consumidor (7).

Por otra parte, varía el objetivo del instituto de la garantía, pues esta presupone remediar un cumplimiento irregular de la prestación del proveedor, mientras que la provisión de servicio técnico y de piezas y repuestos, se orienta a que el consumidor pueda optimizar, en su caso, la utilización del bien (8).

Como sea, la disposición procura que el adquirente no se encuentre desamparado por no hallar quién sepa prestar el servicio técnico de mantenimiento o de reparación, o proveer los repuestos adecuados, fuera de los casos y plazos de vigencia de la garantía, y durante un plazo razonable (9).

Creemos que la medida para ponderar la razonabilidad del plazo de mantenimiento de los repuestos depende, entre otros extremos a considerar, de la índole del bien, su valor económico, su penetración y continuidad en el mercado, etcétera.

Se admite la exención de responsabilidad del vendedor si acredita que la disponibilidad de las partes y repuestos excede sus razonables y previsible posibilidades. Todo parece indicar que se trata de una hipótesis de responsabilidad subjetiva. Este tratamiento particularizado del vendedor se justifica en la circunstancia de no participar en el proceso industrial o de elaboración del bien y en su menor envergadura organizativa y económica en comparación con la del fabricante, por lo menos en términos apriorísticos. La disposición está circunscripta al vendedor, por lo que es de interpretación restrictiva y no se aplica al resto de los proveedores implicados.

(7) FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 167.

(8) JAPAZE, Belén, “Garantía legal por vicios de la cosa objeto del contrato. El derecho del consumidor a demandar la sustitución del bien y la indemnización de los daños derivados”, cit.

(9) FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, cit., ps. 167-168.

*“Art. 57.— Garantía por deficiencias en el servicio prestado. Si dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que concluyó el servicio se evidenciaren deficiencias o defectos en el trabajo realizado, el prestador del servicio estará obligado a corregir todas las deficiencias o defectos o a reformar o a reemplazar los materiales y productos utilizados sin costo adicional de ningún tipo para el consumidor.*

*“Se considera que el plazo comienza a correr desde que concluyó la prestación del servicio. Cuando por las características del caso no fuere posible comprobar la eficacia del servicio inmediatamente de finalizado, el mismo comenzará a correr desde que se den las condiciones en que aquélla pueda constatarse.”*

*“Art. 58.— Certificado de garantía por servicio. La garantía sobre un contrato de prestación de servicios deberá documentarse por escrito haciendo constar:*

*“1. La correcta individualización del trabajo realizado;*

*“2. El tiempo de vigencia de la garantía, la fecha de iniciación de dicho período y las condiciones de validez de la misma;*

*“3. La correcta individualización de la persona, empresa o entidad que la hará efectiva.”*

## **VII. Comentario de los arts. 57 y 58**

### **VII.1. Garantía legal por la prestación de servicios**

En lo que ya constituía un acierto del legislador en la ley 24.240, el deber de brindar garantía que le viene legalmente impuesto al empresario involucra también la garantía de adecuación e identidad de los servicios que ofrecen los proveedores a los usuarios, por lo que se extiende expresamente a los contratos cuyo objeto lo constituye la prestación de servicios, comprendidos en el Anteproyecto en los arts. 66 a 70.

Para hacerla efectiva, se impone al proveedor la corrección de toda deficiencia o defecto en el trabajo realizado como consecuencia del servicio contratado, lo que incluye tanto la reforma como el reemplazo de los materiales y productos utilizados, sin costo adicional para el consumidor (art. 57).

Juzgamos como un claro acierto la supresión de la posibilidad de dispensa convencional del deber legal del proveedor que prevé el art. 23 de la ley 24.240, siendo que colisiona con la propia hermenéutica legal del principio de protección y termina convirtiendo en letra muerta las cláusulas vedadas como abusivas en punto a las garantías legales.

El término de vigencia de esta garantía por servicios defectuosos es de treinta (30) días, computados desde la fecha en que concluyó el servicio, o en su caso, desde el momento en que sea posible comprobar la eficacia de la prestación.

Seguimos pensando que el exiguo plazo fijado por la disposición nos lleva a concluir que la norma se refiere necesariamente a los defectos aparentes que se hacen evidentes durante el tiempo de la vigencia de la garantía y que deben ser advertidos por el consumidor en el mismo lapso para hacer operativa la corrección de las deficiencias que se le impone al proveedor. Vencido dicho término de caducidad, nada empee a la subsistencia de la garantía por vicios redhibitorios respecto de los bienes provistos por el proveedor como consecuencia de los trabajos ejecutados, o bien, a la procedencia de las demás acciones a que habilita la ley en caso de incumplimiento (10).

Cuando se trata de prestaciones de ejecución continuada, sean periódicas o permanentes (por ejemplo, el servicio de televisión por cable), creemos que la cuestión queda bajo la órbita de la última parte de la norma, por lo cual el plazo se computa desde que se comprueba la ineficacia o incorrección del servicio, más allá de la fecha en la que comenzó originalmente la prestación.

### **VII.2. Certificado de garantía por servicios**

Al igual que en el caso de la garantía sobre cosas no consumibles, el prestador está obligado a otorgar un documento escrito de garantía, con individualización correcta del trabajo realizado, el tiempo de vigencia, la fecha de iniciación de dicho período, las condiciones de validez y la identificación del sujeto a cargo de efectivizarla.

La norma que se proyecta es del todo coincidente con la del art. 24 de la ley 24.240.

(10) ZENTNER, Diego H., *Contrato de consumo*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, ps. 318-319.

# Anteproyecto Ley de Defensa del Consumidor: el servicio técnico sobre cosas muebles

---

ESTEBAN J. ARIAS CÁU (\*)

## I. Introducción

De modo preliminar, deseamos agradecer la convocatoria de la Editorial La Ley —en la persona de Fulvio G. Santarelli y Demetrio Alejandro Chamatropulos— a los efectos de participar en esta obra cuyo objeto consiste en estudiar, analizar y reflexionar sobre el texto del borrador del proyectado nuevo régimen de defensa del consumidor, que fuera elaborado por prestigiosos juristas (1) —que además son reconocidos especialistas en la materia protectoria— y presentado a los Sres. Ministros de Justicia y Derechos Humanos como de Producción y Trabajo, en el mes de diciembre del año 2018 (2).

El anteproyecto antedicho que nos toca comentar en estas breves líneas constituye —sin

lugar a duda— un esfuerzo titánico de ordenar y sistematizar el texto de la ley 24.240 (1993) que, con sus reformas parciales, cumplió recientemente 25 años de existencia jurídica mejorándose notablemente su armadura conceptual y siguiéndose la línea jurisprudencial consolidada, a partir de los precedentes (3) de la Corte

---

(3) Una selección rápida —y por tanto incompleta— puede ser la siguiente: CSJN, 21/3/2006, “Ferreyra, Víctor D. y otro c. VICOV S.A.”, Fallos 329:646 que reconoce como relación de consumo al vínculo que une al que contrata o usa el servicio con el concesionario de la misma (voto de Lorenzetti, Considerando 5°); CSJN, 21/3/2006, “Caja de Seguros S.A. c. Caminos del Atlántico S.A. C.V.”, Fallos 329:695; CSJN, 28/3/2006, “Basualdo, Argentino René c. Empresa Virgen de Itatí C.O.V.S.A. (V.I.C.O.C. S.A.) y/o quien resulte propietario responsable”, Fallos 329:879; CSJN, 7/11/2006, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A.”, Fallos 329:4944; CSJN, 7/11/2006, “Martínez Lamas, Manuel c. Buenos Aires, Provincia de y otros”, Fallos 329:4944 ratifican la calificación del vínculo jurídico existente entre el concesionario de peaje y el usuario de una ruta como una relación de consumo. CSJN, 18/10/2006, “Plan Ovalo SA de Ahorro para fines determinados c. Giménez, Carmen Elida s. Ejecución prendaria”, MJJ11603, determinó la competencia del domicilio real del consumidor; CSJN, 6/3/2007, “Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s. daños y perjuicios”, Fallos 330:563; LL 2007-B, 363 en materia de la noción conceptual del expuesto; CSJN, 8/5/2007, “EDELAR S.A. c. SEyM Resol. 41/01 - ENRE - Resol. 1576/09 (Ex 3638/97)”, sobre las relaciones entre microsistemas: “En supuestos de pluralidad de fuentes, no cabe la solución jerárquica, sino la integración armónica” (voto del Dr. Lorenzetti); CSJN, 5/6/2007, “González Torres, M. E. c. Deluca, J.A. y/o Servicios Viajes S.A.” sobre accidentes con animales en rutas concesionadas (voto Lorenzetti, consid. 2); CSJN, 22/4/2008, “Ledesma, María Leonor c.

---

(\*) Abogado (UNT), Magister en Derecho Empresario (U. Austral), Profesor Asociado Derecho Civil III “Contratos” y Profesor Adjunto de “Derecho de usuarios y consumidores” (Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS). Secretario Sede Jujuy, “Instituto Noroeste” perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Juez de Cámara Civil y Comercial (por concurso) del Poder Judicial de Jujuy.

(1) Los integrantes de la “Comisión Reformadora” fueron los juristas: Stiglitz, Gabriel A.; Blanco Muñio, Fernando; D’Archivio, María E.; Hernández, Carlos A.; Japaze, María B.; Lepiscopo, Leonardo; Ossola, Federico A.; Picasso, Sebastián; Sozzo, Cósimo G.; Tambussi, Carlos E.; Vázquez Ferreyra, Roberto A.; Wajntraub, Javier H., quienes trabajaron en la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y en el marco del Programa “Justicia 2020”.

(2) Conf., *Edición especial: Anteproyecto de ley de defensa del consumidor*, diario *La Ley* de fecha 17 de diciembre de 2018.

Suprema de Justicia de la Nación (4). Empero, adelantamos, que no sólo se ha reformado el método (5) sino que además se han incorporado nuevos institutos como también se ha modernizado su contenido normativo, adecuándolo al contexto del Código Civil y Comercial (2015).

## II. Del método y técnica legislativa

### II.1. El método y técnica en el Anteproyecto

Desde el punto de vista formal, siguiendo a la técnica legislativa, advertimos que el Anteproyecto referenciado cuenta con ciento ochenta y seis (186) artículos en total, distinguiéndose en ciento ochenta y cinco (185) artículos sustanciales y uno (1) de forma, distribuidos en seis (VI) títulos.

Según el texto analizado, parecería que el título legal propuesto sería: “Anteproyecto N° 24.240 -

Metrovías S.A.”, Fallos: 331:819 sobre la noción de sub-consumidor o consumidor hipervulnerable (consid. 9º) y trato digno (consid. 10); CSJN, 9/3/2010, “U.M. H.V. y otro c. Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros”, LL 2010-B-258 sobre el deber de seguridad que le corresponde al usuario; CSJN, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c. PEN ley 25.873 s/amparo”, Fallos 332:111 sobre legitimación; CSJN, 19/5/2010, “Correo Argentino S.A.”, Fallos 333:664 en el cual la Corte Suprema —por mayoría— incluyó el servicio de correo dentro de la ley 24.240. CSJN, 21/08/2013 “PADEC c. Swiss Medical S.A. s/nulidad de cláusulas contractuales”, S.C. P.361, L.XLIII sobre legitimación de las asociaciones de consumidores. CSJN, 19/3/2014, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. DNCI -Disp. 622/05 (exp. 29.184/02)”, LL 2014-D-377 que expresa “es la Constitución Nacional, en su art. 42, la fuente directa y esencial del reconocimiento y de la tutela de los derechos de usuarios y consumidores, que les concede un carácter iusfundamental. Se trata de los ‘derechos civiles constitucionalizados’” (voto del Dr. Lorenzetti).

(4) Recomendamos calurosamente y remitimos al comentario de fallos como a la sistematización efectuada por JUNYENT BAS, FRANCISCO - GARZINO, María C., “El contrato de consumo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Armella, Cristina N., *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, ps. 513-648.

(5) Nos parece que la intención implícita de los proyectistas ha sido tomar como modelo el “Código de Defensa y protección del consumidor” de Brasil, a fin de convertir al régimen legal argentino ahora si en un verdadero microsistema protectorio.

Ley de defensa del consumidor” (6). El esquema de particiones inferiores del anteproyecto (7) es el siguiente: título, capítulo, sección, párrafo y artículo.

Con buen criterio, se ha utilizado la técnica de *epígrafes* antes de la norma para facilitar su lectura y ubicación. No utiliza la abreviatura “Art.” sino la palabra completa “Artículo”, decisión técnica muy recomendable. Empero, los artículos del 1º al 9º carecen del cerito volado, como se aconseja en legística. También se utilizan números cardinales en cifras arábigas. El texto normativo viene precedido de “Fundamentos del anteproyecto” (8) con el objeto de

(6) Inferimos el título citado en el texto en virtud de que el anteproyecto presuntamente busca mantener el número de la ley 24.240 pero modificándose totalmente su texto vigente. Así, se prescribe: Art. 185. Derogación. “Derógase la Ley 24.240 en su texto actualmente vigente”.

(7) Siguiendo las enseñanzas de Luis F. P. Leiva Fernández, cabe esquematizar los diferentes estadios dentro del procedimiento legislativo, y que puede resultar no sólo de interés académico, sino también desde el punto de vista práctico: a) Anteproyecto de ley: Confección y redacción previa al ingreso a la mesa de despacho de un órgano legislativo; b) Proyecto de ley: Cuando el anteproyecto tiene ingreso formal al órgano legislferante para su tratamiento; c) Ley: Cuando el proyecto obtiene las mayorías requeridas y es sancionado por el órgano legislativo que corresponda.

(8) Es sabido que los anteproyectos y proyectos de leyes requieren algún sistema para que el legislador conozca los antecedentes normativos, tanto de doctrina como de jurisprudencia, que fundamenten la decisión de política legislativa sugerida instrumentándose en un apartado o anexo explicativo a tales fines, como por ejemplo lo tuvo tanto el Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina o el propio Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Por el contrario, la técnica de notas no es recomendable, como por ejemplo las tenía —por razones históricas— el Código Civil elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield. Las notas revelaban la problemática del artículo y su síntesis, conclusión que surge de un enjundioso estudio sobre dicho tema, al cual remitimos. DÍAZ BIALET, Agustín, *El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield*, Ministerio de Justicia de la provincia de Córdoba - Advocatus, Córdoba, 2009, vol. III, p. 390, sosteniéndose: “que esa problemática está estructurada en las siguientes categorías: a) argumento que la afirma; b) argumento que la niega; c) razón análoga; d) razón posible; e) relación con otra cuestión”. Luego, remata: “La finalidad de la nota ha sido situar al intérprete más en la cuestión y su dialéctica, que darle un elemento de interpretación”. Conf., LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Fundamentos de técnica legislativa*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 173, afirma:

facilitar al intérprete —en nuestro caso, el legislador y eventualmente al operador jurídico— el conocimiento de las decisiones en materia doctrinaria y jurisprudencial adoptadas por los proyectistas de modo de preparar su debate y aprobación.

Pues bien, los seis títulos con sus capítulos correspondientes, son: a) Título I, Sistema de protección del consumidor (arts. 1° a 34) que incluye dos capítulos: 1) Capítulo 1, “El sistema de protección del consumidor” (arts. 1° a 28); 2) Capítulo 2 “Política de protección del consumidor” (arts. 29 a 34); b) Título II, “Protección contractual del consumidor” (arts. 35 a 96) que incluye diez capítulos, a saber: 1) Capítulo 1, “Disposiciones generales” (arts. 35 a 39); 2) Capítulo 2, “Protección antecontractual” (arts. 40 a 41); 3) Capítulo 3, “La oferta” (arts. 42 a 43); 4) Capítulo 4, “Publicidad” (arts. 44 a 45); 5) Capítulo 5, “Eficacia, ineficacia e incumplimiento” (arts. 46 a 50); 6) Capítulo 6, “Garantía por vicios de calidad por inadecuación” (arts. 51 a 64); 7) Capítulo 7, “Contratos conexos” (art. 65); 8) Capítulo 8, “Servicios al consumidor” (arts. 66 a 70); 9) Capítulo 9, “Contratación a distancia” (arts. 71 a 76); 10) Capítulo 10, “Crédito para el consumo y tutela frente al sobreendeudamiento. Obligaciones cambiarías conexas” (arts. 77 a 96); c) Título III, “Usuarios de servicios públicos domiciliarios” (arts. 97 a 106); d) Título IV, “Daños al consumidor. Prevención del daño, responsabilidad y sanción punitiva” (arts. 107 a 118) que incluye cuatro capítulos: 1) Capítulo 1, “Prevención del daño” (art. 107); 2) Capítulo 2, “Daños causados por productos o servicios defectuosos” (arts. 108 a 116); 3) Capítulo 3, “Daños causados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor” (art. 117); 4) Capítulo 4, “Sanción punitiva” (art. 118); e) Título V, “Diseño institucional” (arts. 119 a 184) que incluye seis capítulos: 1) Capítulo 1, “Asociaciones de defensa del consumidor”

(arts. 119 a 123); 2) Capítulo 2, “Autoridad de aplicación” (arts. 124 a 139); 3) Capítulo 3, “Del Consejo Federal del Consumo” (arts. 140 a 143); 4) Capítulo 4, “Defensa administrativa del consumidor” (arts. 144 a 161); 5) Capítulo 5, “Protección Judicial del Consumidor” (arts. 162 a 182); 6) Capítulo 6, “Prescripción liberatoria” (arts. 183 a 184); f) Título VI, “Disposiciones finales” (arts. 185 a 186).

A los efectos comparativos, advertimos que el texto actualmente vigente de la ley 24.240(9) de Defensa del consumidor —en adelante, LDC— cuenta con sesenta y seis (66) artículos en total, distinguiéndose en sesenta y cinco (65) artículos sustanciales y uno (1) de forma, distribuidos en tres (III) títulos. Las particiones inferiores utilizadas son título, capítulo(10) y artículo. Posee también epígrafes (11). En suma, el texto vigente carece de las particiones inferiores “sección” y “párrafo”. Sin embargo, posee la técnica correcta del cerito volado (arts. 1° a 9°). En suma, el Anteproyecto analizado posee un método más diáfano que permite una mejor visualización del sistema, partiendo correctamente de lo general a lo particular y finalizando acertadamente con disposiciones finales.

## II.2. Del método en el servicio técnico de cosas muebles

El capítulo 6 denominado “Garantía por vicios de calidad por inadecuación” (12) incluye

(9) Fuente Infoleg: sancionada: setiembre 22 de 1993. Promulgada parcialmente: octubre 13 de 1993. Publicada en el Boletín Oficial del 15/10/1993, nro. 27.744, p. 34.

(10) La enumeración de capítulos en el texto legal es particular en virtud que es corrida, sin distinción de títulos. En cambio, en el Anteproyecto la numeración vuelve a iniciar en cada uno de los títulos. Otra diferencia estriba en los números romanos del texto vigente y los números cardinales en cifras arábigas del Anteproyecto.

(11) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Fundamentos...*, cit., p. 132. Luego, en la p. 139, brinda su conclusión propiciando: “El uso del epígrafe, en cada uno de los artículos de una norma general, no en sus párrafos, apartados o incisos, ubicado luego del número del artículo, que esté separado por un punto, si es compuesto por abarcar dos temas, que use tipografía itálica para distinguirse, que no se escriba entre guiones, ni entre paréntesis ni entre corchetes, ni al margen”.

(12) Utiliza la terminología citada en el texto el jurista Diego Zentner. Conf., ZENTNER, Diego H., “Garantías legales sobre bienes y servicios en el derecho argentino.

“Las notas al Código Civil carecen de valor normativo. No fueron sancionadas por el Congreso de la Nación ni fueron puestas por iniciativa de Vélez, ni por razones de técnica legislativa, sino por pedido del Ministro de Justicia y Educación Pública Dr. Eduardo Costa, cuando ya estaba redactada parte del Código (...) La finalidad era política en razón que no había posibilidad de debate por escasez de juristas por lo cual se propició y obtuvo la sanción a libro cerrado”.

catorce artículos (arts. 51 a 64) y está ubicado dentro del Título II, “Protección contractual del consumidor” (arts. 35 a 96), entre los capítulos 5 “Eficacia, ineficacia e incumplimiento” (arts. 46 a 50) y capítulo 7 “Contratos conexos” (art. 65).

El capítulo 6 *sub examine* está dividido en tres secciones: 1º Sección 1ª: “Aspectos generales” (arts. 51 a 52); 2º Sección 2ª: “Garantías” (arts. 53 a 58) y 3º Sección 3ª: “Servicio técnico de cosas muebles” (arts. 59 a 61). En la Sección 2ª “Garantías” se incluyen expresamente cuatro garantías, a saber: a) Garantía de servicio técnico de cosas muebles (art. 53); b) Garantía convencional (art. 55); c) Garantía de suministro de partes y repuestos (art. 56); d) Garantía por deficiencias en el servicio prestado (art. 57). En la Sección 3ª “Servicio técnico de cosas muebles”, precisamente, encontramos los tres artículos (arts. 59 a 61) que nos interesan, y que serán objeto de análisis más abajo: Art. 59. *Uso del servicio posterior a la comercialización*; Art. 60. *Constancia de Reparación*; Art. 61. *Reparación no satisfactoria*.

---

Visión comparativa con el nuevo estatuto del consumidor en Colombia”, en GUAL ACOSTA, José M. - VILLALBA CUÉLLAR, Juan C. (dirs.), *Derecho del consumo: Problemáticas actuales*, Universidad Santo Tomás - Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2013, p. 124: “... se aboca a preservar la integridad económica del consumidor e indemnizarlo por los perjuicios intrínsecos del bien...” En nuestra opinión, se trata de la garantía de *identidad* o adecuación en la cual puede darse el error en la “cosa”; se ofrece algo por el proveedor y luego se entrega algo distinto; o bien, no se respetan los principios de identidad e integridad del pago, que se aplican análogamente a la prestación debida. En el Anteproyecto, en cambio, se formula una *nueva categoría* que incluye varios tipos de garantías, agrupándolas, como la garantía de buen funcionamiento (art. 51, inc. 1º) y la de identidad (art. 51, inc. 3º).

(13) CNCiv., sala J, 15/3/2010, “Benzadon, Ricardo José c. Guillermo Dietrich S.A. y otro s/daños y perjuicios”, MJJ54316: “... la falta de dicho repuesto —que fue, indudablemente, la causa eficiente de la demora en dar a la actora una pronta solución— evidenció, por sí mismo, el incumplimiento a la garantía post venta, ya que es notorio que la adecuada ejecución de esta última exigía de parte del fabricante y del concesionario, que hubieran estado a disposición del adquirente garantido, en forma inmediata, todos los repuestos y materiales necesarios para hacer efectiva, en el menor tiempo posible, la reparación garantizada”.

Por el contrario, en el texto actualmente vigente de la LDC se consagra dos capítulos al régimen de garantías (14), según se trate de “cosas muebles no consumibles” (cap. IV) o de “servicios” (cap. V), respectivamente. Para las cosas muebles no consumibles dedica ocho artículos (arts. 11 a 18), regulándose las garantías (art. 11), servicio técnico (art. 12), la responsabilidad (art. 13) y las vicisitudes propias del servicio de reparación (certificado de garantía, art. 14; constancia de reparación, art. 15; plazo, art. 16 y el supuesto de reparación no satisfactoria, art. 17), finalizando con una norma especial relativa a los vicios redhibitorios (art. 18). Para los servicios en general brinda seis artículos (arts. 19 a 24), estableciéndose las modalidades de prestación de servicios (art. 19), los materiales a utilizar en la reparación (art. 20), el presupuesto (art. 21), los supuestos no incluidos en el presupuesto (art. 22), las deficiencias posteriores en la prestación del servicio (art. 23) y, por último, las garantías (art. 24).

Adelantamos, que la técnica legislativa de la LDC no es la más adecuada y ello surge de los vocablos utilizados, lo que da cuenta de la poca atención que se brindó a dicho tema. Como ejemplo de lo antedicho, advertimos que se denomina como título del capítulo IV la frase

---

(14) SAGARNA, Fernando A., “Capítulo IV - Cosas muebles no consumibles”, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 169 y ss.: “deber que tiene todo proveedor (...) de reparar el bien o, en el supuesto de refacción no satisfactoria (...) sustituirlo por uno nuevo de idénticas características o aceptar la devolución de la cosa en el estado en que se encuentre (...) o hacer una quita proporcional del precio, todo ello sin perjuicio de los daños que el reclamante puede peticionar”.

(15) En rigor, el epígrafe del art. 11 de la LDC es incompleto, porque la norma no solo regula las garantías (legal y convencional) de las cosas muebles no consumibles sino también el transporte o traslado a la fábrica o taller habilitado. Hubiéramos recomendado la rúbrica siguiente: “De las garantías. Traslado”.

(16) Remitimos a nuestro estudio: ARIAS CÁU, Esteban J., “Estudio comparativo en torno a la responsabilidad en materia de vicios (Derecho Civil vs. Derecho del consumidor)”, en LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (dir.), *Responsabilidad Civil. Homenaje al Profesor Doctor René A. Padilla*, La Ley, Buenos Aires, 2010, ps. 151-168.

“Cosas muebles no consumibles(17)” para referirse a los productos susceptibles de comercialización, y que no se agotan con el primer uso. En el régimen vigente, a nuestro juicio, el consumidor o usuario también posee cuatro garantías específicas, a saber: a) Garantía legal por buen funcionamiento(18) (arts. 11 y 13, LDC); b) Garantía por provisión de repuestos y servicio técnico postventa (art. 12, LDC); c) Garantía por vicios redhibitorios (art. 18, LDC); d) Garantía por deficiencia en la prestación de servicios (art. 23, LDC).

### III. Uso del servicio posterior a la comercialización

#### III.1. Estado actual de la cuestión

La LDC dispone varias normas relativas a la utilización posterior de las cosas o servicios, según que fueren o no riesgosos, para que una vez adquiridas por el consumidor no fueren causa de peligro o bien pueda ser minimizado mediante la entrega de manuales con instrucciones para su uso adecuado. Así, por ejemplo, las cosas o servicios cuando “utilizados en condiciones previsible o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física” (19) (art. 5º, LDC); en cambio, aquellos

“cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos” (20) (art. 6º, LDC).

Otro aspecto relevante estriba en la puesta en práctica de la denominada garantía por buen funcionamiento(21), esto es cuando el bien o servicio adolece de algún vicio que le impide obtener su finalidad. En este supuesto, el consumidor debe denunciar esta situación al proveedor a los efectos que se traslade el producto para su reparación, generándose obligaciones concretas a su cargo, a saber: a) Traslado; b) Gastos (flete, seguros); c) Plazo de garantía y su prolongación; d) Entrega posterior (art. 15, inc. d), LDC).

#### III.1.1. Traslado

En el régimen de la LDC la garantía puede ser legal (22) o convencional, según que se encuen-

(17) La locución “Cosa mueble no consumible” a pesar de su inexactitud técnica tenía sentido en el contexto del Código Civil (art. 2325) y del Código de Comercio. Sin embargo, la expresión jurídica trajo diversos problemas. Como ejemplo de ello, basta recordar que alguna doctrina interpretó exegéticamente que los vicios redhibitorios no se aplicaban a las cosas inmuebles... Hacemos esta advertencia porque de varias normas del Anteproyecto (ej. arts. 53, 54, 59, 60, 61, entre otros), parecería no haberse tenido en cuenta el antecedente de esa defectuosa técnica como tampoco el nuevo marco conceptual del Código Civil y Comercial (art. 16).

(18) JAPAZE, Belén, “Contratos de consumo: Régimen de la llamada garantía legal por vicios en la cosa objeto del intercambio”, en LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (dir.), *Responsabilidad Civil...*, cit., p. 199: “Las obligaciones impuestas por la llamada garantía legal constituye una manifestación de la responsabilidad del proveedor cuya fuente o hecho generador es el incumplimiento o cumplimiento defectuoso”.

(19) Ley 24.240, art. 5º.- Protección al Consumidor. “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsible o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”.

(20) Ley 24.240, art. 6º.- Cosas y Servicios Riesgosos. “Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción”.

(21) Conf., WAJNTRAUB, Javier H., “Análisis exegético de la ley”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 129, finalizando: “Dado que, normalmente, cualquier vicio creará una diferencia entre lo ofrecido —una cosa sin defectos— y lo entregado, el primer requisito se torna prácticamente superfluo, razón por la cual la afectación del correcto funcionamiento de la cosa constituirá en la práctica la pauta fundamental a tener en cuenta para la puesta en marcha de la garantía”. En nuestra opinión, el defecto estriba en la falta de correspondencia con la finalidad que debe cumplir el producto y donde no la cumple, total o parcialmente.

(22) En Colombia el Estatuto del Consumidor de 2011 enumera los distintos aspectos que contiene la garantía legal. Conf. ley 1480, art. 11: *Aspectos incluidos en la garantía legal*. “Corresponden a la garantía legal las siguientes obligaciones: 1. Como regla general, reparación

tre prevista por la ley o por las partes (art. 11 *in fine*, LDC) del contrato de consumo (arts. 1º y 10, LDC). Precisamente, cuando la cosa mueble no consumible adoleciera de algún vicio y fuere necesario el traslado a la fábrica o taller habili-

totalmente gratuita de los defectos del bien, así como su transporte, de ser necesario, y el suministro oportuno de los repuestos. Si el bien no admite reparación, se procederá a su reposición o a la devolución del dinero. 2. En caso de repetirse la falla y atendiendo a la naturaleza del bien y a las características del defecto, a elección del consumidor, se procederá a una nueva reparación, la devolución total o parcial del precio pagado o al cambio parcial o total del bien por otro de la misma especie, similares características o especificaciones técnicas, las cuales en ningún caso podrán ser inferiores a las del producto que dio lugar a la garantía. 3. En los casos de prestación de servicios, cuando haya incumplimiento se procederá, a elección del consumidor, a la prestación del servicio en las condiciones en que fue contratado o a la devolución del precio pagado. 4. Suministrar las instrucciones para la instalación, mantenimiento y utilización de los productos de acuerdo con la naturaleza de estos. 5. Disponer de asistencia técnica para la instalación, mantenimiento de los productos y su utilización, de acuerdo con la naturaleza de estos. La asistencia técnica podrá tener un costo adicional al precio. 6. La entrega material del producto y, de ser el caso, el registro correspondiente en forma oportuna. 7. Contar con la disponibilidad de repuestos, partes, insumos, y mano de obra capacitada, aun después de vencida la garantía, por el término establecido por la autoridad competente, y a falta de este, el anunciado por el productor. En caso de que no se haya anunciado el término de disponibilidad de repuestos, partes, insumos y mano de obra capacitada, sin perjuicio de las sanciones correspondientes por información insuficiente, será el de las condiciones ordinarias y habituales del mercado para productos similares. Los costos a los que se refiere este numeral serán asumidos por el consumidor, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 1 del presente artículo. 8. Las partes, insumos, accesorios o componentes adheridos a los bienes inmuebles que deban ser cambiados por efectividad de garantía, podrán ser de igual o mejor calidad, sin embargo, no necesariamente idénticos a los originalmente instalados. 9. En los casos de prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, repararlo, sustituirlo por otro de las mismas características, o pagar su equivalente en dinero en caso de destrucción parcial o total causada con ocasión del servicio defectuoso. Para los efectos de este numeral, el valor del bien se determinará según sus características, estado y uso. Parágrafo. El Gobierno Nacional, dentro de los seis meses siguientes a la expedición de esta ley, se encargará de reglamentar la forma de operar de la garantía legal. La reglamentación del Gobierno, no suspende la aplicación de lo dispuesto en la presente ley”.

tado (23), se impone la obligación legal que “el transporte será realizado por el responsable de la garantía...”

En este supuesto legal, para identificar al *responsable*, habrá que distinguir si se trata de una garantía legal en la cual será responsable el proveedor (24) en general (arts. 2º y 13, LDC); por el contrario, si se trata de una garantía convencional en la cual uno de los eslabones de la cadena de producción (p.ej., el fabricante (25)) otorga y asume la garantía, ser restringe subjetivamente (26) el legitimado pasivo. Sin embargo, de otro lado, no se efectúa esta distinción afirmándose —de modo indistinto— que será *responsable* “todo aquél que deba cumplir con la reparación de la cosa por defecto de la misma (fabricante, importador, vendedor, proveedor)” (27).

### III.1.2. Gastos

Con respecto a los “gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo” (art. 11 segundo párrafo, LDC), el responsable *concreto* dependerá de las clases de garantías antedichas. No hay disposición al-

(23) FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*, 4ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 252: “el que pertenece a quien es deudor de esta garantía o a un taller de un tercero con capacidad técnica suficiente para prestar un servicio adecuado”.

(24) Ley 24.240, art. 13: Responsabilidad solidaria. “Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el artículo 11”.

(25) CNCom., sala D, 27/8/2013, “Robles, Karina Vanesa y otros c. General Motors Argentina S.R.L. y otro s. ordinario”, DJ 19/2/2014, 89, LL Online AR/JUR/60705/2013, en el cual determinó que la no realización del “service” en concesionaria oficial implica la caducidad de la garantía “convencional” (3 años o 100.000 km), y que no es una cláusula abusiva en el marco del art. 37 de la LDC.

(26) WAJNTRAUB, Javier H., “Análisis exegético de la ley”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge – WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor...*, cit., p. 133: “[a] los integrantes de la cadena de comercialización y distribución que voluntariamente se hacen obligado”.

(27) SAGARNA, Fernando A., “Capítulo IV – Cosas muebles no consumibles”, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de defensa del consumidor...*, cit., t. I, p. 180.



guna que disponga límite alguno a los gastos, para el supuesto que los realice el consumidor, ante el incumplimiento del responsable.

### III.1.3. Plazo de garantía legal y prolongación. Naturaleza del plazo

Una cuestión doblemente interesante es aquella que dispone la extensión o prolongación del plazo de garantía legal durante el tiempo en “el cual el consumidor está privado del uso de la cosa en garantía, por cualquier causa relacionada con su reparación” (art. 16, LDC)(28). Veamos:

Por un lado, en virtud que el texto delimita la prolongación de la garantía legal (art. 11 párrafo segundo, LDC) que tendrá vigencia por *tres meses* cuando se trate de bienes muebles usados y por *seis meses* en los demás casos. Por otro lado, en cuanto a la naturaleza del plazo de extensión puesto que la doctrina mayoritaria estima que se trata de un *plazo de caducidad* contractual (29) porque comienza a correr “desde la fecha de la entrega” (30) del producto, pero el legislador no dice nada al respecto. Por lo tanto, si durante la vigencia del plazo de la garantía —tanto legal

como convencional— se exteriorizaren defectos o vicios que lesionen la garantía de identidad o de funcionamiento(31) quedarán “cubiertos por la garantía” (32).

### III.1.4. Entrega posterior o devolución

Una vez cumplido el traslado de la cosa mueble no consumible en el marco del ejercicio o cumplimiento de las garantías, y cumplido los gastos de traslado o de seguro, corresponde su devolución al consumidor (art. 15, inc. d), LDC) y reglamentación del art. 16(33) de la LDC, debiéndose dejar constancia de ello para la extensión de la garantía legal.

## III.2. Texto proyectado (art. 59, Anteproyecto)

En los “Fundamentos del Anteproyecto” se advierte que se propicia “[m]ejorar el régimen de vicios, que es resistemizado por un sistema de garantía por vicios de calidad por inadecuación, ámbito en donde se ha seguido la experiencia del Código brasileño (34) (arts. 19, 20, 24, entre otros). Entre muchas otras cuestiones, se elevan los plazos en materia mobiliaria —de acuerdo a la tendencia del Derecho Comparado—, se

(28) Ley 24.240, art. 16: Prolongación del Plazo de Garantía. “El tiempo durante el cual el consumidor está privado del uso de la cosa en garantía, por cualquier causa relacionada con su reparación, debe computarse como prolongación del plazo de garantía legal”.

(29) JUNYENT BAS, FRANCISCO - MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. - GARZINO, MARÍA C. - HEREDIA QUERRO, JUAN S., *Ley de defensa del consumidor. Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, p. 131. Comentario del art. 11, LDC. Conf. TINTI, GUILLERMO P. - CALDERÓN, MAXIMILIANO R., *Derecho del consumidor. Ley 24.240 con las modificaciones de la ley 26.361*, 3ª ed., Alveroni, Córdoba, 2011, p. 81: “Creemos, por el contrario, que se trata de un plazo de caducidad, pues no comienza a correr cuando el vicio se manifiesta (...), sino a la fecha de la entrega”; SAGARNA, FERNANDO A., “Capítulo IV - Cosas muebles no consumibles”, en PICASSO, SEBASTIÁN y VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A. (dirs.), *Ley de defensa del consumidor...*, cit., t. I, p. 178: “Se lo ha considerado como un plazo de caducidad”. Recientemente, puede verse: CHAMATROPULOS, DEMETRIO ALEJANDRO, *Estatuto del consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 427. En nuestra opinión, constituye el primer paso para el desarrollo del instituto de la caducidad en las relaciones de consumo.

(30) TINTI, GUILLERMO P. - CALDERÓN, MAXIMILIANO R., *Derecho del consumidor...*, cit., p. 81: “lo que caduca a los tres o seis meses no es la acción judicial, sino la garantía”.

(31) En el derecho italiano puede verse HERNÁNDEZ, CARLOS A. y FRUSTAGLI, SANDRA A., “El reciente código del consumo italiano. Aportes para reflexionar sobre el derecho del consumidor en Argentina”, LL 2006-B-764: “... responsabilidad del vendedor se extiende a los defectos que se manifiesten dentro de los dos años de la entrega del bien. Los derechos del consumidor caducan, si dentro de los dos meses de descubierto el defecto no lo denuncia al vendedor. A su vez, las acciones conferidas al consumidor contra el proveedor, en caso de defecto de conformidad, prescriben en el término de veintiséis meses desde la entrega del bien”.

(32) JUNYENT BAS, FRANCISCO - MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. - GARZINO, MARÍA C. - HEREDIA QUERRO, JUAN S., *Ley de defensa del consumidor...*, cit., p. 142: “todos aquellos problemas de funcionamiento que puedan ser consecuencia de un uso normal de la cosa, entendiéndose por tal el uso propio según la naturaleza de cada producto”.

(33) Decreto reglamentario 1798/1994, anexo I, art. 16: “a) Rige lo dispuesto en el Artículo 15 del presente Anexo. b) Se entiende que el consumidor está privado del uso de la cosa desde que la misma fue entregada al responsable de la garantía a efectos de su reparación, y hasta que éste la entregue a aquél”.

(34) Por nuestra parte, hemos encontrado también puntos de conexión con el régimen del consumidor de Colombia de 2011 (ley 1480).

articulan las garantías legales con las convencionales y con el régimen de incumplimiento” (35).

En efecto, el Anteproyecto introduce un nuevo régimen que denomina como “Garantía por vicios de calidad (36) por inadecuación” (art. 51) en el cual los proveedores de bienes y servicios son “solidariamente responsables (...) por los vicios de calidad por inadecuación” que enumera en cinco incisos. A continuación, regula la “Garantía de servicio técnico de cosas (37) muebles” (art. 53) que será procedente en “los casos de los vicios de calidad por inadecuación previstos en los incisos 1 (38) y 2 (39) del artículo 51”, en el cual los proveedores estarán obligados por una “garantía posterior a la comercialización que tendrá un plazo de duración de

seis (6) meses cuando se trate de bienes muebles de consumo usados y de un año cuando se trate de bienes muebles de consumo nuevos...” Si bien la norma no lo dice, el plazo de duración de esta garantía lo impone el legislador admitiéndose su denominación como *garantía legal* o por imperio de la ley (arg. art. 55 (40), Anteproyecto).

El texto proyectado es el siguiente:

“Art. 59.— *Uso del servicio posterior a la comercialización.* Los proveedores deben informar a los consumidores de manera adecuada las condiciones para el uso del servicio posterior a la comercialización. Las condiciones publicitadas son obligatorias para los proveedores.

“En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo.

“Si la cosa debiera trasladarse a fábrica o taller para efectivizar la garantía, el consumidor deberá notificar al responsable de la misma para que en el plazo de cuarenta y ocho (48) horas de recibida la comunicación realice el transporte.

“Cuando no se realice dentro de ese lapso, el consumidor podrá disponer el traslado sin comunicación previa al responsable de la garantía, pero en tales casos éste no quedará obligado sino hasta los importes de flete y seguro corrientes en plaza. El traslado deberá hacerse al centro de reparación más próximo al lugar donde la cosa se encuentre, si no indicare otro el responsable de la garantía.

“El tiempo durante el cual el consumidor está privado del uso de la cosa en garantía, por cualquier causa relacionada con su reparación, debe computarse como prolongación del plazo de garantía.

“Se entiende que el consumidor está privado del uso del bien desde que fue entregado al res-

(35) Fundamentos del anteproyecto, II) “Protección contractual del consumidor”.

(36) CNCiv., sala J, 15/3/2010, “Benzadon, Ricardo José c. Guillermo Dietrich S.A. y otro s. daños y perjuicios”, MJJ54316: “Por ello, a los efectos de constatar la existencia de esa diferencia de calidad, resulta necesario analizar la voluntad de las partes al momento de contratar y el conjunto de condiciones que habitualmente se le atribuye a la cosa vendida de que se trate. En el caso, resulta razonable sostener que el adquirente de un automotor 0 km. tenga el derecho y las expectativas de recibir un rodado en óptimas condiciones sin defectos ni imperfecciones de ninguna naturaleza”.

(37) En la redacción de esta norma se confronta la advertencia preliminar realizada en materia de técnica legislativa puesto que el epígrafe del art. 53 menciona “cosas muebles”, mientras que el texto proyectado menciona los “bienes muebles de consumo”, tanto nuevos como usados. Conf. HERRERA, Enrique, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, 1ª ed. (1998), 2ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 14: “Una técnica legisferante, orientada a la elaboración de textos normativos, para lo cual resulta indispensable dominar (...) el uso del lenguaje normativo y la lógica jurídica en general”.

(38) Anteproyecto, art. 51. Vicios de calidad por inadecuación. “(...) Los bienes o servicios de consumo tienen un vicio de calidad por inadecuación cuándo: 1. Sean impropios para el consumo al que se destinan de acuerdo a su función. En materia de servicios ello ocurrirá cuando no se adecuen a las normas administrativas o a los resultados que razonablemente puede esperarse de los mismos...”.

(39) Anteproyecto, art. 51. Vicios de calidad por inadecuación. “(...) Los bienes o servicios de consumo tienen un vicio de calidad por inadecuación cuándo: 1. (...); 2. No tengan cierta calidad o funcionalidad durante un tiempo determinado o exista obsolescencia programada...”.

(40) Anteproyecto, Artículo 55. Garantía convencional. “El otorgamiento a título gratuito u oneroso de una garantía convencional, determina que el cómputo de los plazos de caducidad previstos en el artículo 53, comiencen a correr una vez extinguida aquélla”.

ponsable de la garantía a efectos de su reparación, y hasta que éste la entregue a aquél”

### III.2.1. Técnica legislativa

Recordemos que cada artículo debe cumplir con una función específica y es la de fijar una idea. En otros términos, debería ser “autónomo y responder a un tema de la ley, cada párrafo a una oración y cada oración a una idea” (41).

La norma proyectada tiene seis párrafos. En su primer párrafo se estipula que los proveedores *deben informar* a los consumidores las condiciones para el uso posterior a la comercialización. El párrafo segundo estipula *el traslado* por el responsable de la garantía al taller habilitado. El tercer párrafo prescribe que el consumidor *debe notificar* al responsable con 48 horas de antelación para que realice el traslado. El cuarto párrafo dispone —que ante el incumplimiento del traslado— el consumidor está facultado para hacerlo *per se*, quedando obligado solo a los gastos de flete y seguro corrientes en plaza. El quinto párrafo prescribe que el *plazo de reparación* será considerado como prolongación del plazo de garantía. El sexto párrafo interpreta que el plazo antedicho *corre a partir de la entrega* del bien al responsable y hasta su posterior entrega al consumidor.

La rúbrica es simple: “Uso del servicio posterior a la comercialización”. Por las razones brindadas, entendemos que debería ser compuesto en virtud de la extensión del artículo proyectado. Podríamos sugerir el texto siguiente: “Uso del servicio posterior a la comercialización. Traslado y prolongación del plazo de garantía”. El término “cosa” no nos parece adecuado. Sería más conveniente el de “bienes muebles” (42)

(41) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Fundamentos de técnica legislativa...*, cit., p. 118.

(42) En el régimen brasileño se utiliza la terminología de producto *durable o no durable*. Conf. ley 8078, art. 3º: “... § 1. Producto es cualquier bien, mueble o inmueble, material o inmaterial...”. Art. 18.- “Los proveedores de productos de consumo durables y no durables son solidariamente responsables por los vicios de calidad o cantidad que los vuelvan impropios o inadecuados para el consumo al que se destinan, o les disminuyan el valor, así como por aquellos resultantes de disparidad con las indicaciones que constan en el recipiente, empaques, rótulos o mensaje publicitario, respetadas las variacio-

(arg. art. 53) para mantener la coherencia interna del proyecto.

### III.2.2. Análisis de la norma

Desde el punto de vista subjetivo, el sujeto activo de la norma será el consumidor (art. 2º) lo que no implica mayores cambios. En cambio, los sujetos pasivos serán los *proveedores* (art. 4º) en general, según el texto proyectado, comprensivos de toda la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes o servicios sin distinción alguna.

En su primer párrafo, ya ingresando a la regulación en particular, advertimos que se establece una obligación de información *específica* (43) para el proveedor sobre las “condiciones para uso del servicio posterior a la comercialización” (44), que implica tener “un servicio técnico adecuado que puede ser propio o tercerizado y contar con las piezas adecuadas para su reparación” (45). Ello nos plantea la posibilidad jurídica que el consumidor utilice el bien en forma contraria a las condiciones de uso, que en nuestro régimen (46) no se encuentra previs-

nes resultantes de su naturaleza, siendo posible que el consumidor exija la sustitución de las partes con vicio...”

(43) La obligación genérica se encuentra establecida en el art. 12 del Anteproyecto, entre otras normas también aplicables.

(44) Ley 1480, art. 11: *Aspectos incluidos en la garantía legal*. “Corresponden a la garantía legal las siguientes obligaciones: ... 4. Suministrar las instrucciones para la instalación, mantenimiento y utilización de los productos de acuerdo con la naturaleza de estos. 5. Disponer de asistencia técnica para la instalación, mantenimiento de los productos y su utilización, de acuerdo con la naturaleza de estos. La asistencia técnica podrá tener un costo adicional al precio...”.

(45) ARIAS CÁU, Esteban J., “Las garantías y vicios redhibitorios en el derecho del consumo”, en ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. (dir.), *Manual de derecho del consumo*, Erreius, Buenos Aires, 2017, p. 496.

(46) Por ejemplo, en Colombia si se encuentra previsto como una causal de exoneración del productor o proveedor. Conf. ley 1480, art. 16. Exoneración de responsabilidad de la garantía: “El productor o proveedor se exonerará de la responsabilidad que se deriva de la garantía, cuando demuestre que el defecto proviene de: 1. Fuerza mayor o caso fortuito; 2. El hecho de un tercero; 3. El uso indebido del bien por parte del consumidor, y 4. Que el consumidor no atendió las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual

to de modo expreso. En los mismos términos las “condiciones publicitarias obligatorias...” (47) reforzándose, de este modo, la heterointegración contractual como la posición del consumidor. En su segundo párrafo se refiere al traslado de la “cosa” cuando tuviere un vicio de calidad por inadecuación (art. 53, incs. 1º y 2º) no advirtiéndose modificación alguna con respecto al texto vigente (art. 11, LDC). Se ratifica como sujeto pasivo de la garantía al “responsable” quién deberá tomar a su cargo “los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse” (48).

En su tercer párrafo, en cambio, se introduce una doble novedad con respecto al texto vigente: a) Notificación al responsable de la garantía; b) Fijación de un plazo máximo (48 hs) para que realice el transporte. A continuación, en su cuarto párrafo se dispone la sanción legal ante dicho incumplimiento, facultándose al consumidor a disponer el traslado *unilateralmente* —ahora sin nueva comunicación— al “centro de reparación más próximo” (49) si no se indicare otro por el responsable de la garantía pero *limitándose* a “los importes de flete y seguro corrientes en plaza”.

del producto y en la garantía. El contenido del manual de instrucciones deberá estar acorde con la complejidad del producto. Esta causal no podrá ser alegada si no se ha suministrado manual de instrucciones de instalación, uso o mantenimiento en idioma castellano. Parágrafo. En todo caso el productor o expendedor que alegue la causal de exoneración deberá demostrar el nexo causal entre esta y el defecto del bien”. ZENTNER, Diego H., “Garantías legales sobre bienes y servicios en el derecho argentino. Visión comparativa con el nuevo estatuto del consumidor en Colombia”, en GUAL ACOSTA, José M. - VILLALBA CUÉLLAR, Juan C. (dir.), *Derecho del consumo...*, cit., ps. 128 y ss.: “Es interesante la posición que adopta la ley colombiana acerca del factor de atribución de la responsabilidad derivada del régimen de garantías en su art. 16 (...) Con ello, no caben dudas que la responsabilidad del empresario derivada de la obligación de garantía es de carácter objetiva, y por ende, la prueba de su diligencia no alcanza para excluirla”.

(47) El valor contractual de la publicidad en general está previsto en el art. 44 del Anteproyecto.

(48) Por ejemplo, “todos los gastos necesarios para la reparación de la cosa” (art. 53, primer párrafo, del Anteproyecto).

(49) El certificado de garantía debe contener “las condiciones de reparación de la cosa con especificación del lugar donde se hará efectiva” (art. 54, inc. 5º, del Anteproyecto).

En su quinto párrafo se ratifica el texto vigente con respecto a la *prolongación* del plazo de garantía durante el tiempo en el cual “el consumidor está privado del uso de la cosa en garantía” (50), por *cualquier causa relacionada con su reparación*. Esta aclaración nos parece relevante, ante el traslado unilateral que tenga que realizar el consumidor por incumplimiento del responsable de la garantía. Hubiera sido interesante también la inclusión de un plazo máximo (51) de privación del uso, según el bien, para evitar la demora excesiva de la reparación. Por último, en su sexto párrafo dispone que el plazo citado *corre a partir de la entrega* del bien al responsable y hasta su posterior entrega al consumidor.

Creemos que la amplitud del vocablo “responsable” permite englobar tanto al proveedor para la garantía legal (52) como al eslabón específico que asume la garantía convencional (p.ej, fabricante o importador) y además tiene la ventaja adicional de aplicarse también al encargado (53) de la “fábrica o taller” habilitado, en el cual se realiza la reparación. De este modo,

(50) Inferimos que se tratará de la causal de interrupción del plazo de caducidad de la garantía legal previsto en el art. 53. En nuestra opinión no hay duda alguna sobre la naturaleza jurídica de dicho plazo (6 meses para los bienes muebles de consumo usados; 1 año para los bienes muebles de consumo nuevos) en virtud de la decisión de política legislativa tomada en el art. 55 del Anteproyecto. Conf. art. 55: Garantía convencional. “El otorgamiento a título gratuito u oneroso de una garantía convencional, determina que el cómputo de los plazos de caducidad previstos en el artículo 53, comiencen a correr una vez extinguida aquélla”.

(51) Por ejemplo, en Brasil es de treinta días. Conf. ley 8078, art. 18: “(...) § 1. En el caso de que dicho vicio no sea solucionado en el plazo máximo de treinta días, el consumidor podrá exigir, alternativamente y a su opción...”.

(52) CNCom., sala C, 24/6/2010, “Romano Claudia Alejandra y otro c. General Motors de Argentina S.R.L. y otro s. ordinario”, MJJ57891: “Ese deber de garantía, que halla como fuente los cciv 2164 y sig. y tiene por finalidad proteger a todos los adquirentes de un bien por un precio en dinero, es una cláusula natural que se considera inserta en todos los contratos a título oneroso. Por ello también el enajenante del producto —cuando es persona diversa del fabricante, cual en el caso acaece— asume la responsabilidad frente al adquirente de un objeto defectuoso”.

(53) Conf., FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario...*, cit., p. 252.

parece se adoptó la tesis más amplia en torno a la interpretación del vocablo para favorecer al consumidor (54). Por consiguiente, “durante la vigencia de la garantía, legal o convencional, exteriorizado un vicio el consumidor no deberá afrontar ninguna suma dineraria ni con respecto al valor de las partes o repuestos (55), honorarios como tampoco traslados” (56) a los efectos de reparar el bien.

#### IV. Constancia de reparación

##### IV.1. Estado actual de la cuestión

El consumidor ante la verificación de un vicio en la cosa mueble no consumible o un servicio tendrá derecho al ejercicio de las diferentes garantías otorgadas por el régimen del consumidor. Así, cuando se trate de un contrato de consumo (art. 10) en el cual se otorgue certificado de garantía (57) legal (58) (art. 14, LDC), el cum-

(54) SAGARNA, Fernando A., “Capítulo IV - Cosas muebles no consumibles”, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de defensa del consumidor...*, cit., t. I, p. 180.

(55) CCiv. y Com. Córdoba, sala 8ª, 30/10/2008, “Isaía, Gladys Mónica c. Ford Argentina S.C.A. y otro s. ordinario”, MJJ39874: “Ello implica que ante un reclamo concreto, deben arbitrar los medios para conseguirlos, reclamándose los al fabricante del producto comercializado, o a quienes fabrican los repuestos. El art. 12 de la ley 24240 no dice que deben tenerlos a disposición en todo momento, sino que deben ‘asegurar’ el suministro de partes y repuestos”.

(56) ARIAS CÁU, Esteban J., “Las garantías y vicios redhibitorios en el derecho del consumo”, en ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. (dir.), *Manual...*, cit., p. 498.

(57) SAGARNA, Fernando A., “Capítulo IV - Cosas muebles no consumibles”, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de defensa del consumidor...*, cit., t. I, p. 192: “[es el] instrumento por el que se hace conocer al consumidor o usuario de la cosa mueble no consumible que fue objeto de comercialización, el derecho a solicitar su reparación gratuita al responsable de la garantía y bajo determinadas condiciones durante un tiempo determinado...”.

(58) En doctrina se discute si la obligación de entrega del certificado es solo para la garantía legal o es indistinta. Por la primera postura ver: FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario...*, cit., p. 261: “ante la duda que nos plantea, creemos que esta obligación de entregar un certificado de garantía más amplia que la garantía legal dependerá de la naturaleza, calidad, precio de la cosa y de las costumbres y usos mercantiles...”. De esta expresión, el autor citado parece tomar partido por la

plimiento de la reparación (art. 11, LDC) implicará la posterior entrega de una constancia de reparación (59) (art. 15, LDC) por el responsable o *garante* (60). Los requisitos legales de esta constancia documental son: a) La naturaleza de la reparación; b) Las piezas reemplazadas o reparadas; c) La fecha en que el consumidor le hizo entrega de la cosa; d) La fecha de devolución de la cosa al consumidor.

##### IV.1.1. La naturaleza de la reparación

El derecho de información del consumidor se cumple en todas las etapas del *iter* contractual (tratativas preliminares o etapa precontractual, celebración del contrato de consumo y post-contractual) adquiriendo mayor importancia, a nuestro juicio, en la etapa de las garantías. Por ello, se admite que necesita conocer cuál era el defecto del bien, si era grave o no, su causa y sobre qué recayó la reparación por el garante. Se requiere, por tanto, que el responsable de la garantía explique “el motivo del arreglo” (61) o la causa del desperfecto y su gravedad. Así, por ejemplo, contar con un “antecedente claro del estado de la cosa, (...) facilitará una futura reparación en caso de repetirse el desperfecto” (62);

extensión del certificado de garantía exclusivamente para las convencionales o de “fábrica”. Por la segunda postura, ver: WAJNTRAUB, Javier H., “Análisis exegético de la ley”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor...*, cit., p. 135.

(59) Ley 24.240, art. 15: Constancia de Reparación. Cuando la cosa hubiese sido reparada bajo los términos de una garantía legal, el garante estará obligado a entregar al consumidor una constancia de reparación en donde se indique: a) La naturaleza de la reparación; b) Las piezas reemplazadas o reparadas; c) La fecha en que el consumidor le hizo entrega de la cosa; d) La fecha de devolución de la cosa al consumidor.

(60) La utilización del vocablo garante conlleva al interrogante sobre si se incorpora un nuevo sujeto pasivo o, por el contrario, si se trata de una nueva denominación para denominar alguno de los eslabones de la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes o servicios cuando se hace cargo del cumplimiento de la garantía legal (arg. art. 15, LDC).

(61) SAGARNA, Fernando A., “Capítulo IV - Cosas muebles no consumibles”, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de defensa del consumidor...*, cit., t. I, p. 201.

(62) FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario...*, cit., p. 268.

o bien, fundamentará la decisión de un cambio del producto.

#### IV.1.2. De las piezas

Aquí también deberá contar el consumidor con la debida información sobre las piezas reemplazadas, si son nuevas o usadas; si pertenecen a la industria nacional o son importadas; etc. En nuestra opinión, el garante de la reparación deberá suministrar un *listado* de las piezas reemplazadas y que, como regla, deberán ser nuevas salvo que ello no pudiera ser posible, por ejemplo, al transcurrir un “lapso razonablemente esperado según la naturaleza del bien” (63) (art. 56, Anteproyecto). De otro lado, si no se hubieran reemplazado piezas, cualquiera fuera el motivo, deberá informarse sobre aquellas piezas que se hubieren reparado.

#### IV.1.3. Fecha de entrega para su reparación

Hemos adelantado que conocer la fecha de entrega (64) de la cosa mueble no consumible al garante o responsable es muy importante en el régimen legal porque, desde su cumplimiento, implica la *suspensión del plazo de garantía* y su consecuente prolongación. El decreto reglamentario 1798/1994, así lo expresa: “Anexo I, Art. 16.- a) (...); b) Se entiende que el consumidor está privado del uso de la cosa desde que

(63) Ello ocurre cuando el bien se ha dejado de fabricar o bien ha transcurrido un tiempo razonable desde su lanzamiento al mercado, no contándose con partes o repuestos. Ley 1480, art. 11: *Aspectos incluidos en la garantía legal*. “Corresponden a la garantía legal las siguientes obligaciones: ... 7. Contar con la disponibilidad de repuestos, partes, insumos, y mano de obra capacitada, aun después de vencida la garantía, por el término establecido por la autoridad competente, y a falta de este, el anunciado por el productor. En caso de que no se haya anunciado el término de disponibilidad de repuestos, partes, insumos y mano de obra capacitada, sin perjuicio de las sanciones correspondientes por información insuficiente, será el de las condiciones ordinarias y habituales del mercado para productos similares. Los costos a los que se refiere este numeral serán asumidos por el consumidor, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 1 del presente artículo. 8. Las partes, insumos, accesorios o componentes adheridos a los bienes inmuebles que deban ser cambiados por efectividad de garantía, podrán ser de igual o mejor calidad, sin embargo, no necesariamente idénticos a los originalmente instalados...”.

(64) TINTI, Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano R., *Derecho del consumidor...*, cit., p. 81.

la misma fue entregada al responsable de la garantía a efectos de su reparación, y hasta que éste la entregue a aquél”.

#### IV.1.4. Fecha de devolución

Por último, la fecha de devolución resultará de importancia para saber el tiempo total que deberá descontarse del plazo de garantía, puesto que se encontraba suspendido hasta tanto se finalice su reparación. La consecuencia lógica estriba en que una vez reintegrada la cosa reparada, comienza a correr nuevamente el plazo de la garantía. Sin embargo, en el régimen legal vigente no está resuelta una temática que ha sido objeto en el derecho comparado, esto es cuando un mismo bien tiene una doble garantía, tanto legal como convencional o contractual: ¿cuál corre primero?

#### IV.2. Texto proyectado (art. 60, Anteproyecto)

El texto proyectado es el siguiente:

“Art. 60.— *Constancia de Reparación*. Cuando la cosa hubiese sido reparada bajo los términos de una garantía, el garante estará obligado a entregar al consumidor una constancia de reparación en donde se indique: 1. La naturaleza de la reparación; 2. Las piezas reemplazadas o reparadas; 3. La fecha en que el consumidor le hizo entrega de la cosa; 4. La fecha de devolución de la cosa al consumidor”.

##### IV.2.1. Técnica legislativa

El epígrafe es incompleto en virtud que la norma no solo regula la entrega de una constancia de reparación sino también enumera los requisitos que debe contener. Por ello, recomendamos uno compuesto: *Constancia de reparación. Requisitos*.

De igual manera, por las mismas razones brindadas más arriba, sugerimos la modificación del término “cosa”. Advertimos que se mantiene el vocablo “garante” como en el régimen de la LDC, debiéndose utilizar “responsable de la garantía” que posee una interpretación más amplia (arg. art. 59, Anteproyecto).

##### IV.2.2. Análisis de la norma

La finalidad de la norma consiste en que el consumidor tenga una constancia documental

del bien mueble reparado para que le sirva de prueba. Asimismo, los requisitos (65) de la constancia son casi idénticos al régimen legal vigente (art. 15, LDC) aplicándose los comentarios *mutatis mutandis* brindados en el apartado IV.1).

Una cuestión interesante y conflictiva —que resuelve el Anteproyecto— es aquella que mencionamos de la *doble garantía del bien* (legal y convencional) tomando partido por el cómputo de la garantía convencional (art. 55, Anteproyecto) o contractual (66) y una vez extinguida aquella recién comienzan a correr los “plazos de caducidad previstos en el artículo 53”, esto es la garantía legal (art. 53), cuyos plazos se han aumentado con relación a los vigentes: a) Bienes muebles de consumo usados: seis meses; b) Bienes muebles de consumo usados: un año.

Decimos que se trata de un tópico conflictivo, especialmente en el derecho comparado, ya que en algunos regímenes legales no está claro si se trata de una garantía complementaria (67)

(65) Un texto similar encontramos en el Estatuto del Consumidor de Colombia. Conf. ley 1480, art. 12: Constancias de recibo y reparación. “Cuando se entregue un producto para hacer efectiva la garantía, el garante o quien realice la reparación en su nombre deberá expedir una constancia de recibo conforme con las reglas previstas para la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, e indicará los motivos de la reclamación. Cuando el producto sea reparado en cumplimiento de una garantía legal o suplementaria, el garante o quien realice la reparación en su nombre estará obligado a entregar al consumidor constancia de reparación indicando lo siguiente: 1. Descripción de la reparación efectuada. 2. Las piezas reemplazadas o reparadas. 3. La fecha en que el consumidor hizo entrega del producto, y 4. La fecha de devolución del producto. Parágrafo. Si no se hubiere hecho salvedad alguna al momento de entrega del bien, se entenderá que el consumidor lo entregó en buen estado, excepción hecha del motivo por el cual solicitó la garantía”.

(66) CNCom., sala D, 27/8/2013, “Robles, Karina Vanesa y otros c. General Motors Argentina S.R.L. y otro s. ordinario”, DJ 19/2/2014, 89, LL Online AR/JUR/60705/2013.

(67) Ley 3078, art. 50: “La garantía contractual es complementaria a la legal y será otorgada por medio de un término escrito. Párrafo único. El término de garantía o equivalente debe ser estándar e indicar, de manera adecuada, en qué consiste la misma garantía, así como la forma, el plazo y el lugar donde puede ser cumplida y los costos por cuenta del consumidor debiendo entregársele debidamente llenado por el proveedor en el acto del

de la ley o si corre de modo paralelo; o si, por el contrario, debe cumplirse primero la legal y luego corre la contractual o viceversa (68).

## V. Reparación no satisfactoria

### V.1. Estado actual de la cuestión

En el régimen de la LDC el perfeccionamiento del contrato de consumo admite, por de pronto, dos supuestos legales a saber: que se cumpla debidamente o su incumplimiento total o parcial (art. 10 bis, LDC). Esta doble opción reconoce su antecedente en el Código Civil (art. 505), que luego recibió las nuevas aguas del derecho del consumidor, mediante la inclusión de una tercera opción que consiste en la *reparación* del bien que contenga vicios, mediante la implementación del régimen de garantías (arts. 11, 12, 13 y conccs., LDC).

Adviértase que hemos utilizado adrede el vocablo *opción* puesto que la jurisprudencia (69) todavía no es pacífica en reconocer esta facultad del consumidor, que puede o no utilizar; a diferencia de la doctrina (70) especializada que expresamente le reconoce este carácter.

suministro, acompañado del manual de instrucciones, de instalación y uso del producto, en lenguaje didáctico, con ilustraciones”.

(68) Conf. TARTUCE, Flávio, “Direito material” en TARTUCE, Flávio - NEVES, Daniel A. A., *Manual de direito do consumidor. Direito material e processual*, 3ª edição, São Paulo, Método, 2014, p. 224: “... por lo tanto, debe quedar clara la idea de suma de los plazos (garantía contractual + garantía legal)”.

(69) Conf., CCiv. y Com. Salta, sala III, 18/10/2011, “Prina, Constanza c. Antis S.A. y otro s. sumarísimo”, con nota a fallo CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Reparación no satisfactoria y sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características”, RCyS 2012-III-77. Vale reconocer, a fuer de ser sinceros, que cuenta con alguna apoyatura legal. Conf. decreto PEN 1798/1994, art. 17, dispone: “Con carácter previo a la sustitución de la cosa, si ésta estuviera compuesta por conjuntos, subconjuntos y/o diversas piezas, el responsable de la garantía podrá reemplazar los que fueran defectuosos” (la cursiva es nuestra).

(70) PICASSO, Sebastián, “Artículo 10 bis”, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 154: “[la] reparación de la cosa, o sea la puesta en marcha de la garantía legal, es sólo una opción a favor del consumidor, que en modo alguno lo ata a seguir necesariamente ese camino”. Conf.

Pues bien, para el caso que el consumidor elija la reparación del bien defectuoso, luego de ello pueden darse otros dos supuestos: a) Reparación satisfactoria (71); b) Reparación no satisfactoria (72) (art. 17 (73), LDC).

Entonces, en aquellos supuestos en los cuales la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las “condiciones óptimas” para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede: a) Pedir la sustitu-

ción de la cosa adquirida por otra de idénticas características; b) Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas; c) Obtener una quita proporcional del precio. En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder.

La locución “condiciones óptimas” fue interpretada, por la reglamentación (74), como “aquellas necesarias para un uso normal, mediante un trato adecuado y siguiendo las normas de uso y mantenimiento impartidas por el fabricante”. Sin embargo, la hermenéutica doctrinaria visibilizó dos posiciones antagónicas. Para algunos, deberá tenerse en cuenta un criterio *objetivo* que considere la función

---

CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto...*, cit., t. I, p. 457: “No es una vía previa de carácter obligatorio”; JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos A. - GARZINO, María C. - HEREDIA QUERRO, Juan S., *Ley de defensa del consumidor...*, cit., p. 134; WAJNTRAUB, Javier H., “Análisis exegético de la ley”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor...*, cit., p. 145: “Debe dejarse bien en claro que la reparación de la cosa, esto es, la puesta en marcha de la garantía, es sólo una opción que la ley consagra a favor del consumidor, pero que en modo alguno lo ata a seguir necesariamente ese camino en forma previa a ejercer los demás derecho que emanan del estatuto del consumidor y del ordenamiento jurídico en general”.

(71) CNCom., sala D, 12/3/2009, “Giorgi, Carlos Camilo c. Ford Argentina S.A.”, LL Online AR/JUR/4082/2009.

(72) Preferimos la denominación de reparación “insatisfactoria”. En efecto, según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra insatisfactoria en su primera acepción significa: “Que no satisfice”. Por el contrario, la frase “no satisfactoria” no existe. Conf., JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos A. - GARZINO, María C. - HEREDIA QUERRO, Juan S., *Ley de defensa del consumidor...*, cit., p. 171: “La doctrina ha puntualizado que la reparación en garantía será insatisfactoria si la cosa reparada no cumple con una doble adecuación”; TINTI, Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano R., *Derecho del consumidor...*, cit., p. 88.

(73) Ley 24.240, art. 17: Reparación no Satisfactoria. En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede: a) Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la nueva cosa; b) Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales; c) Obtener una quita proporcional del precio. En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder.

---

(74) Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideraron un exceso reglamentario el texto del art. 17. WAJNTRAUB, Javier H., “Análisis exegético de la ley”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor...*, cit., p. 143: “[resulta] inaceptable someter al consumidor a estas limitaciones en lo que aparenta ser una situación en la cual el proveedor nada pudo hacer para evitar”; CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Reparación no satisfactoria y sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características”, RCyS 2012-III-77. Esta tacha también la receptó la jurisprudencia: CNCom., sala D, 16/4/2009, “Pereyra, Sergio Daniel c. Fiat Auto Argentina S.A.”, LL Online AR/JUR/11892/2009; SCBuenos Aires, 30/9/2014, “Cappaccioni, Roberto Luis c. Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A. s. Infracción a la Ley del Consumidor”, LL Online AR/JUR/50192/2014: “Configurado el supuesto previsto en el primer apartado del art. 17, la opción solicitada por el actor de sustituir la cosa adquirida por otra nueva de idénticas características es la que corresponde. No obsta a lo expuesto que el decreto reglamentario dispusiera que deba tomarse en consideración el período de uso, el estado general de lo reemplazado, así como la cantidad y calidad de reparaciones efectuadas. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, ello contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución nacional concede al Poder Ejecutivo (Fallos: 327:4932 y 4937 y sus citas de Fallos: 322:1318; art. 31, Const. nacional), supuesto que está presente toda vez que lo dispuesto en el decreto 1789/1994 contraría y altera la sustancia del ejercicio de la opción dispuesta a favor del consumidor prevista en el art. 17 de la Ley de Defensa del Consumidor”.



o finalidad<sup>(75)</sup> propia de la adquisición. Para otros, en cambio, las condiciones óptimas de uso dependerán del criterio *subjetivo* que tuvo en cuenta el consumidor al momento de la adquisición, en las cuales se tendrá en cuenta que esta finalidad personal haya sido exteriorizada al proveedor, habiéndole recomendado<sup>(76)</sup> por ejemplo una adquisición en concreto<sup>(77)</sup>.

#### V.1.1. Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características

La primera opción que tiene el consumidor consiste en la sustitución de la cosa adquirida por otra de “idénticas características”<sup>(78)</sup>, con

(75) FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario...*, cit., p. 271: “Consideramos acertada esta interpretación relativa que se da a la expresión”; TINTI, Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano R., *Derecho del consumidor...*, cit., p. 88: “la reparación debe tener como resultado una doble adecuación de la cosa: a los fines del uso que le es propio y respecto de la cosa ofrecida; debe suprimir los vicios referidos en el art. 11 de la ley. Si no lo logra, la reparación puede reputarse insatisfactoria”. Conf. decreto PEN 1798/1994, art. 17.

(76) JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos A. - GARZINO, María C. - HEREDIA QUERRO, Juan S., *Ley de defensa del consumidor...*, cit., p. 172: “la cosa que fue ofrecida...”.

(77) ARIAS CÁU, Esteban J., “Las garantías y vicios redhibitorios en el derecho del consumo”, en ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. (dir.), *Manual...*, cit., p. 512: “Por ejemplo, la adquisición de una computadora personal para dedicarla a jugar o al diseño de música, etc. Si la finalidad personal fue comunicada previamente al vendedor y puede ser acreditada, es susceptible de considerarse una ‘condición óptima de uso’; caso contrario, no será posible efectuar reclamo alguno, en virtud que la finalidad objetiva no se ha modificado”.

(78) La reglamentación, sin embargo, le puso límites a este derecho del consumidor. Decreto PEN 1798/1994, art. 17: Se entenderá por “condiciones óptimas” aquellas necesarias para un uso normal, mediando un trato adecuado y siguiendo las normas de uso y mantenimiento impartidas por el fabricante. La sustitución de la cosa por otra de “idénticas características” deberá realizarse considerando el período de uso y el estado general de la que se reemplaza, como así también la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuarse. Igual criterio se seguirá para evaluar el precio actual en plaza de la cosa, cuando el consumidor optare por el derecho que le otorga el inciso b) del artículo 17 de la ley. Con carácter previo a la sustitución de la cosa, si ésta estuviera compuesta por conjuntos, subconjuntos y/o diversas piezas, el responsable de la garantía podrá reemplazar los que

lo cual se infiere que se trata de una cosa fungible y, por ende, de género.

#### V.1.2. Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas

La segunda opción consiste en devolver la cosa a cambio de recibir el importe “equivalente” a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza. Como mínimo deberá restituirse el importe recibido con más los intereses computados desde la fecha del pago, o de los pagos, si hubiere pagos parciales<sup>(79)</sup>. Se trata de la *actio redhibitoria* del derecho romano y que fuera receptada por el Código Civil.

#### V.1.3. Obtener una quita proporcional del precio

La tercera opción consiste en quedarse con la cosa, a pesar de la reparación insatisfactoria en virtud que mantiene no obstante una *cierta utilidad* para el consumidor pero dada la magnitud del defecto se considera lógico obtener una reducción proporcional del precio<sup>(80)</sup>.

Como habrá advertido el lector, esta opción resulta similar a la *actio quanti minoris*<sup>(81)</sup> que

fueran defectuosos. La sustitución de partes de la cosa podrá ser viable siempre que no se alteren las cualidades generales de la misma y ésta vuelva a ser idónea para el uso al cual está destinada.

(79) JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos A. - GARZINO, María C. - HEREDIA QUERRO, Juan S., *Ley de defensa del consumidor...*, cit., p. 178: “La interpretación propuesta parece conciliarse con los principios de la LDC (art. 3) y marca sin duda una notable diferencia con el régimen común, diferencia que se encuentra justificada por la vulnerabilidad que la ley presume del sujeto de preferente tutela denominado consumidor”.

(80) Por ejemplo, así lo dispone el Código Europeo de Contratos. Conf. art. 113: *Reducción del precio*. “El acreedor que se propone aceptar la entrega de una cosa diferente teniendo un valor inferior, o con imperfecciones, o una cantidad de cosas de calidad inferior a la que es debida, o una prestación de hacer diferente de la que ha sido convenida o con imperfecciones, tiene el derecho, mediante notificación en tiempo oportuno al deudor, de pagar un precio inferior al que ha sido convenido. Podrá eventualmente hacerse restituir una parte de la suma entregada, en la proporción fijada, en defecto de un acuerdo, por el juez. Si la prestación ofrecida o efectuada tiene un valor superior a la debida, se aplicarán las reglas del art. 101”.

(81) FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario...*, cit., ps. 271 y ss. Conf., CNCiv., sala F,

estaba prevista en el Código Civil a los efectos de reclamar “el reintegro de lo pagado en exceso” (82), ante el grave defecto que posee el bien, y que —a nuestro juicio— fue derogada expresamente (83) en el Código Civil y Comercial.

#### V.1.4. Acción resarcitoria

En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder, que deberán ser acreditados con la prueba respectiva.

La doctrina especializada no se puso de acuerdo en torno a si esta acción es autónoma o depende del ejercicio previo de algunas de las opciones antedichas. Para los primeros, tendrá importancia el art. 10 bis genérico (84) complementado con el art. 17 de la LDC permitiéndose su configuración como acción resarcitoria autónoma (85). Para los segundos, en cambio,

17/11/2010, “Mennah, Cristina L. c. Fernández Sarcone, Claudia A. y otros”, DJ Online.

(82) TINTI, Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano R., *Derecho del consumidor...*, cit., p. 89: “siguiendo la solución del art. 2174 del Código Civil”.

(83) Ver nuestra ponencia: ARIAS CÁU, Esteban J., “La interpretación de la acción estimatoria en el Código Civil y Comercial”, presentada en la “XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, realizada en la ciudad de La Plata (Argentina), en septiembre de 2017 (<http://jornadasnacionalesderechocivil2017.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Aria-C-%C3%A1u-Esteban-Javier.pdf>).

(84) La doctrina cordobesa es la más firme partidaria de esta tesis. Conf., JUNYENT BAS, FRANCISCO - MOLINA SANDOVAL, Carlos A. - GARZINO, María C. - HEREDIA QUERRO, Juan S., *Ley de defensa del consumidor...*, cit., ps. 180 y ss.; TINTI, Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano R., *Derecho del consumidor...*, cit., p. 90.

(85) Para la jurisprudencia que interpretaba el Código Civil, en cambio, la acción de daños sólo podía ser accesoria de una redhibitoria. Por todos: CACirc., Santa Fe, 30/7/2008, “Muñez, Sergio Ángel c. De Giambatista, Diego Rubén s. d. sumaria por daños y perjuicios”, MJJ39188: “Si la acción intentada ha sido la rescisoria por vicios redhibitorios, en tal caso era viable la acción indemnizatoria, ello pues por la frustración del contrato. Si en cambio, la acción hubiera sido la *quantum minoris*, no era viable la indemnizatoria, toda vez que el actor ha optado por mantener la vigencia y eficacia del contrato, sometido a consideración del órgano jurisdiccional la disminución de lo pagado por la cosa en función de su menor valor sobreviniente”.

resulta obvio que “el ejercicio de ninguna de las tres opciones señaladas constituye un obstáculo para entablar el reclamo de daños a que se crea con derecho el consumidor” (86).

Con respecto a los rubros resarcitorios no hay desacuerdo alguno, admitiéndose tanto los daños patrimoniales como no patrimoniales. Los patrimoniales serán los rubros emergentes (privación de uso (87)), lucro cesante (88) y pérdida de chance. Los extrapatrimoniales, —también denominados como daño moral (89)— a nuestro juicio son fundamentales para tutelar los derechos del consumidor (90) y no deben ser

(86) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto...*, cit., t. I, p. 457.

(87) Por ejemplo, en un caso de vicio de automotor se reclamó privación de uso, como rubro emergente. CNCiv., sala G, 11/5/2007, “Baz, Ricardo Alejandro c. General Motors de Argentina S.A. s. daños y perjuicios”, MJJ12925: “O sea que la sola privación del rodado constituye para su usuario un perjuicio que debe ser indemnizado, sin necesidad de demostrar otro perjuicio derivado de esa privación. El actor ha invocado una utilización específica del automóvil, pero aunque así no fuera, es indudable que la imposibilidad de disponer de él debió ocasionarle molestias e incomodidades, obligándolo a recurrir a otros medios de transporte, inclusive, a coches de alquiler”.

(88) Este rubro es polémico en virtud que un consumidor, en principio, no podría ser acreedor a un lucro cesante dentro de una relación de consumo. Sin embargo, no es pacífica esta opinión. CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto...*, cit., t. I, p. 418: “Sin embargo, hay que tener en cuenta también que, cuando se sufren daños corporales, por ejemplo, el consumidor podría reclamar el lucro cesante derivado de su imposibilidad de trabajar aun cuando no sea comerciante y haya consumido el bien o utilizado el servicio como destinatario final”.

(89) Conf., PIZARRO, Ramón D., *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 58 y ss.: “... preferimos utilizar la expresión daño o agravio moral, por adecuarse mejor a nuestras tradiciones y, además, por ser la que la ley utiliza a la hora de su regulación legal (v.gr., arts. 522 y 1078, Cód. Civil; ley 24.522, etcétera)”.

(90) La jurisprudencia no es pacífica en la interpretación de este rubro. Sin embargo, en un precedente judicial pero no referido a la relación de consumo se concedió ampliamente en una acción estimatoria el rubro daño moral. Así, en el caso “Rivera c. Pérez Rovetta” se estimó que las polillas de madera que dañaron los pisos y muebles del departamento que el actor compró al demandado revisten las características de un defecto oculto —en el caso, se admitió la demanda de daños

interpretados de manera restrictiva (91). A ello, además, deberá agregarse el daño punitivo (92) o multa civil (art. 52 bis), como específico del régimen del consumidor.

## V.2. Texto proyectado (art. 61, Anteproyecto)

El texto proyectado es el siguiente:

“Art. 61.— *Reparación no satisfactoria.* La reparación es no satisfactoria cuando el servicio de reparación efectuado no permite que el bien de consumo reparado reúna las condiciones óptimas para cumplir con la función para la cual ha sido creado.

y perjuicios por vicios redhibitorios—, puesto que el insecto en cuestión forma galerías dentro de la madera, sin salir a la superficie sino después de un cierto tiempo, cuando se metamorfosea con el fin de reproducirse; además hizo lugar al agravio moral demandado, a pesar de incoarse una *actio quanti minoris* sin fundamentar el hecho en virtud del cual se sustentó la misma, al no haberse acreditado la mala fe del vendedor. CNCiv., sala E, 16/8/2006, “Rivera, Raúl E. c. Pérez Rovetta, Susana G.”, LL 2006-F-500-503, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “El resarcimiento por vicios redhibitorios y el daño moral”, LL 2007-A-192-196, quien afirma que se trata de un “fallo que ratifica las tendencias prevaletientes sobre la materia, respecto de cuyas conclusiones nos sentimos identificados”. Puede consultarse en el mismo sentido, CNCiv., sala L, 7/10/2008, “Acebedo, Marcelo Guillermo c. Samprad S.A.”, LL 2008-F-690-692. Para nosotros, en cambio, no hay duda que en la relación de consumo existe daño moral.

(91) Cfr. SCBuenos Aires, 30/9/2014, “Capaccioni, Roberto Luis c. Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A. s. Infracción a la Ley del Consumidor”, LL Online AR/JUR/50192/2014: “En lo que respecta al daño moral, habiéndose demostrado que con la adquisición de un auto BMW de alta gama no se reunieron las características ofrecidas en el propio instructivo del vehículo, además de todas las vicisitudes que el consumidor tuvo que transitar para hacer valer la garantía, es que considero que se encuentra acreditado el agravio como resultado existencial negativo diferente de aquél al que se encontraba antes de la compra del auto, siendo procedente la indemnización que en concepto de daño moral fuera reclamada”.

(92) CCiv. y Com. Mar del Plata, sala III, 9/12/2015, “Vignolles, María de los Ángeles c. San Cristobal Seguros Generales S.A. s. daños y perjuicios”, RCyS 2016-VI-211, LL Online AR/JUR/74467/2015: “Conforme al art. 8 bis de la ley del consumidor, la aseguradora no ha garantizado trato digno y equitativo, y no discriminatorio (clave en la relación de consumo) siendo pasible de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la citada norma, sin perjuicio de otros resarcimientos”.

“Se entenderá que se configura el carácter no satisfactorio de la reparación cuando se verifique, algunos de los siguientes supuestos, a saber: el bien no reúne las condiciones de certeza de que el uso del bien sea seguro o las reparaciones hubieran solucionado definitivamente el problema; luego de realizadas las reparaciones el bien no queda en el estado anterior a la aparición de los desperfectos; el vicio persiste a pesar de la cantidad de reparaciones, entre otros.

“En caso de reparación no satisfactoria, y siempre que no se encuentre afectada o amenazada la seguridad del consumidor, éste tendrá derecho a optar por:

“1. La sustitución de la cosa adquirida por una cosa de idéntica característica, u otro económicamente equivalente comercializada por el proveedor. En caso de procederse al cambio del bien, el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de entrega de la cosa nueva;

“2. La disminución proporcional del precio;

“3. Resolver el contrato, devolviendo el bien en el estado en que se encuentre a cambio de la devolución del precio pagado conforme al precio de plaza de la cosa, vigente al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales.

“En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide el ejercicio de otros derechos, como la reclamación de los eventuales daños que pudieren corresponder”.

### V.2.1. Técnica legislativa

El epígrafe es simple y se refiere a la reparación no satisfactoria. Por las razones que brindamos más arriba y especialmente por su extensión recomendamos uno compuesto: “Reparación insatisfactoria. Opciones del consumidor”. La norma posee cuatro párrafos que hace compleja su lectura. El primer párrafo brinda una *noción* de cuando deberá considerarse como no satisfactoria la reparación de bien, por intermedio de la locución “condiciones óptimas”. El segundo párrafo brinda una enumeración —de carácter enunciativo— con algunos de los supuestos que encuadran en la locución antedicha. El tercer párrafo menciona las opciones que tiene el consumidor para el caso de

configurarse alguno de los supuestos legales, utilizando números y no letras como lo hace el art. 17 *in fine* de la LDC. Por último, el cuarto párrafo expresa que la utilización de cualquiera de las opciones no impide el ejercicio de otros derechos como la reclamación de daños.

### V.2.2. Análisis de la norma

Se considera que la reparación del bien de consumo será considerada como no satisfactoria cuando no reúna las “condiciones óptimas para cumplir con la *función* para lo cual ha sido creado” (93). Al suprimirse “el uso al que está destinada” los proyectistas han tomado partido por el criterio objetivo (94) del bien de consumo, dejando de lado —en principio— las consideraciones vertidas en torno a la efectiva utilización que haga el consumidor.

A diferencia del régimen legal vigente, se incluye un párrafo con supuestos que pretenden brindar criterios en torno al “carácter no satisfactorio”. Entre los supuestos que menciona la norma como caracterizantes de reparación no satisfactoria, que hemos señalado son de tipo *abierto o no taxativo*, menciona: a) El bien no reúne las condiciones de certeza de que el uso del bien sea seguro o las reparaciones hubieran solucionado definitivamente el problema; b) Luego de realizadas las reparaciones el bien no queda en el estado anterior a la aparición de los desperfectos; c) El vicio persiste a pesar de la cantidad de reparaciones.

Decimos que es enunciativo porque utiliza el vocablo “algunos” y la frase “entre otros” exteriorizando el criterio de tipo abierto que

(93) Conf. TAMAYO JARAMILLO, Javier, “La responsabilidad civil en el nuevo estatuto del consumidor”, en GUAL ACOSTA, José M. - VILLALBA CUÉLLAR, Juan C. (dir.), *Derecho del consumo...*, cit., p. 661, cuando afirma que la garantía de *eficiencia* pretende que “los bienes o servicios cumplan la finalidad para lo cual fueron adquiridos”.

(94) Conf., FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario...*, cit., p. 271: “Consideramos acertada esta interpretación relativa que se da a la expresión”; TINTI, Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano R., *Derecho del consumidor...*, cit., p. 88: “la reparación debe tener como resultado una doble adecuación de la cosa: a los fines del uso que le es propio y respecto de la cosa ofrecida; debe suprimir los vicios referidos en el art. 11 de la ley. Si no lo logra, la reparación puede reputarse insatisfactoria”. Conf. decreto PEN 1798/1994, art. 17.

adelantamos. Las opciones otorgadas para decisión exclusiva (95) del consumidor son sustancialmente las mismas que en el régimen vigente, modificándose imperceptiblemente su orden lógico, en una franca mejora. Así, una vez configurada la reparación insatisfactoria, se incluyen: 1º) La sustitución de la cosa adquirida por una cosa de idénticas características; 2º) La disminución proporcional del precio; 3º) La resolución del contrato.

El primer supuesto (art. 61.1) tiene un cambio sustancial con respecto al texto vigente (art. 17, inc. a), LDC) porque la sustitución de la cosa adquirida se adiciona la frase “u otro económicamente equivalente comercializada por el proveedor”. De este modo, se brinda la opción al consumidor de reclamar un bien de consumo que tenga idénticas características por tratarse de un bien fungible o también obtener un bien que no sea idéntico sino de valor económico equivalente.

El segundo supuesto (art. 62.2) faculta al consumidor a obtener una “disminución” proporcional del precio. En el régimen vigente (art. 17, inc. c)) se utiliza el término “quita” pero no hay modificación sustancial (96) alguna, remitiéndonos a los comentarios anteriores.

En tercer supuesto se refiere a la *actio redhibitoria* que deja sin efecto el contrato, mejorándose la redacción puesto que ahora se utiliza expresamente la frase “Resolver el contrato”, mientras que en el texto vigente se habla de “devolver”. Se reemplaza la frase “precio actual en

(95) BESSA, Leonardo R. - FAIAD DE MOURA, Walter J., *Manual de direito do consumidor*, 4ª ed., Escola Nacional de Defesa do Consumidor, Brasília, 2014, p. 133: “La elección entre las opciones indicadas siempre es del consumidor. Debe él verificar cual de las alternativas atiende mejor sus intereses”. Conf. MIRAGEM, Bruno, *Curso de direito do consumidor*, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, ps. 492 y ss.: “O sea, a él va a competir decidir si la sustitución de las partes viciadas o la reparación del producto son aptos para atender adecuadamente sus expectativas con relación a los fines pretendidos con la utilización o el valor del producto en cuestión”.

(96) Por el contrario, hay una modificación formal porque ahora la disminución proporcional o *actio quanti minoris* es la segunda opción que posee el consumidor. En cambio, en el régimen del art. 17 de la LDC es la tercera opción.

plaza” por “precio de plaza de la cosa, vigente al momento de abonarse dicha suma...”. No hay cambios sustanciales con respecto al art. 17, inc. b), de la LDC.

Por último, se cierra la norma estableciéndose que el uso de las opciones antedichas (sustitución; disminución proporcional del precio o resolución del contrato) por parte del consumidor “no impide el ejercicio de otros derechos, como la reclamación de los eventuales daños que pudieren corresponder”.

## VI. Conclusión

Pues bien, para finalizar enumeraremos aquellas conclusiones preliminares y más relevantes de nuestro trabajo.

1º) El Anteproyecto de reforma al régimen de defensa del consumidor posee un método (97) más acertado que permite una mejor visualización del sistema, partiendo correctamente de lo general a lo particular y finalizando acertadamente con disposiciones finales.

2º) La técnica legislativa utilizada es, salvo algunas excepciones, correcta y sigue los principios que gozan de consenso en la especialidad.

3º) Se instituye una nueva categoría denominada “Garantías por vicios de calidad por inadecuación” en el Capítulo 6 que resulta omnicomprendiva. Asimismo, en la Sección 2ª

---

(97) Ahora sí podemos afirmar sin hesitación que se trata de un microsistema protectorio del consumidor.

“Garantías” se incluyen expresamente cuatro garantías, a saber: a) Garantía de servicio técnico de cosas muebles (art. 53); b) Garantía convencional (art. 55); c) Garantía de suministro de partes y repuestos (art. 56); d) Garantía por deficiencias en el servicio prestado (art. 57).

4º) Con respecto a la regulación del “Uso del servicio posterior a la comercialización” (art. 59) se mantiene gran parte del texto vigente de la LDC. En cambio, se introduce una doble novedad: a) Notificación al responsable de la garantía; b) Fijación de un plazo máximo (48 hs) para que realice el transporte.

5º) Con respecto a la regulación de la “Consistencia de reparación” (art. 60) los requisitos son casi idénticos al régimen legal vigente (art. 15, LDC). Asimismo, el Anteproyecto resuelve un tópico conflictivo en el derecho comparado referido al cómputo de la garantía convencional (art. 55, Anteproyecto) disponiendo que, una vez extinguida aquella, recién comienzan a correr los plazos de la garantía legal (art. 53).

6º) Con respecto a la regulación de la “Reparación no satisfactoria” (art. 61) se mantiene la estructura formal de opciones de la norma vigente (art. 17, LDC). Sin embargo, los proyectistas han tomado partido por el criterio objetivo del bien de consumo, dejando de lado las consideraciones vertidas en torno a la efectiva utilización que haga el consumidor. Asimismo, a diferencia del régimen legal vigente, se incluye un párrafo con supuestos que pretenden brindar criterios abiertos en torno al “carácter no satisfactorio”.



# Vicios ocultos y ruina en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

FERNANDO M. COLOMBRES (\*)

## I. Introducción

En fecha 6 de diciembre de 2018 la Comisión Redactora para la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor (1) elevó por ante los ministros de Justicia y Derechos Humanos y de Producción y Trabajo de la Nación el “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor” (en adelante ALDC), cuya elaboración les fuera encomendada desde la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, dependiente del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, y luego articulada con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Así las cosas, se espera que desde el Poder Ejecutivo remitan el mencionado anteproyecto al Congreso de la Nación para su tratamiento, lo que podría convertirlo en la nueva Ley de Defensa del Consumidor, derogando así a la ley 24.240 (en adelante LDC), la cual, desde su promulgación en el año 1993, sufrió numerosas reformas, agregados y modificaciones (2).

(\*) Abogado (UNT). Especializado en Derecho Empresario (Universidad de Belgrano). Diplomado en Derecho Empresario (FORES - Fundación del Tucumán). Maestrando en Derecho Privado (Universidad Nacional de Rosario). Profesor Adjunto de la materia Derecho Privado II —Obligaciones— (Universidad de San Pablo T.).

(1) Conformada por Carlos Alfredo Hernández —en calidad de integrante y coordinador—, Gabriel Alejandro Stiglitz, Fernando Blanco Muñío, María Eugenia D’Archivio, María Belén Japaze, Leonardo Lepiscopo, Federico Alejandro Ossola, Sebastián Picasso, Cósimo Gonzalo Sozzo, Carlos Eduardo Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Hernán Wajtraub.

(2) Referido a esto Chamatropulos enumera: “La ley 24.787 incorporó los arts. 10 bis y 30 bis y efectuó agre-

En el presente trabajo nos centraremos en el análisis de los arts. 62, 63 y 64 que tratan sobre los vicios redhibitorios, vicios ocultos y la ruina en la contratación inmobiliaria de consumo; debiendo, ya que el ALDC no desarrolla *in extenso* estas figuras, recurrir al diálogo de fuentes con el Cód. Civ. y Com. a fin de poder delimitar la definición, naturaleza, funcionamiento y alcance de cada una de ellas e integrarlas y armonizarlas con el ALDC.

El “diálogo de fuentes” como metodología del reciente Código Civil y Comercial abandona los criterios clásicos de los llamados “conflictos de las leyes en el tiempo” o “derecho intertemporal” y la solución del “conflicto”, cuyos criterios de solución eran, por orden de importancia creciente, entre otros, los siguientes: 1. la anterioridad (la ley más nueva supera y retira a la ley anterior en conflicto del sistema); 2. la especialidad (la ley general nueva no deroga a la ley especial

gados en el art. 8º. La ley 24.499 incorporó los arts. 13 y 40, sustituyendo, asimismo, el art. 14. La ley 26.361 (la más relevante de las modificaciones a la LDC), sustituyó los arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 10, 11, 25, 27, 31, 32, 34, 36, 41, 42, 43, 45, 47, 49, 50, 52, 53, 55, 59, 60 y 61, efectuó agregados en el art. 7º, incorporó los arts. 8 bis, 10 ter, 40 bis, 52 bis, 54 y 66 y derogó el art. 63 (cabe aclarar que esta derogación fue observada por el art. 1º del dec. 565/2008 —publicado en el BO del 7/4/2008—). La ley 26.993 sustituyó los arts. 36, 40 bis y 45. Asimismo, incorporó el art. 54 bis. La ley 26.994 (con vigencia a partir del 1 de agosto de 2015) sustituyó los textos de los arts. 1º, 8º, 40 bis y 50. La ley 27.250 sustituyó al segundo párrafo del art. 4º. La ley 27.265 incorporó el art. 10 *quater*. Por último, la ley 27.266 sustituyó el texto del art. 38”. CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 1.

antigua, a no ser que la incorpore o incorpore su materia totalmente); 3. la jerarquía (la ley jerárquicamente superior, por ejemplo, por su origen constitucional, o una ley complementaria en relación con una ley ordinaria, o una ley en relación con un decreto o una resolución administrativa, tiene prioridad de aplicación y puede afectar o derogar a la ley de jerarquía inferior en conflicto).

“El diálogo de las fuentes, por tanto, es una expresión simbólica del nuevo paradigma de coordinación y coherencia restaurada de un sistema legal; sistema hoy de fuentes múltiples, con diversos campos de aplicación, para crear, en la era “posdescodificación”, una gran complejidad del —antes— simple hecho (o acto) del aplicador de la ley de “escoger” entre las fuentes (en aparente conflicto) la ley/las leyes que iba/n a ser aplicada/s en el caso concreto; simboliza el pasaje del conflicto de las leyes a la coordinación de leyes o de órdenes jurídicos” (3).

## II. El consumidor inmobiliario en el ALDC

Antes de ingresar de lleno al tema del presente trabajo analizaremos la contratación inmobiliaria de consumo, la cual sufrió diversos cambios a lo largo del tiempo.

### II.1. La evolución del consumidor inmobiliario

Como vimos al comienzo de este trabajo, la actual LDC sufrió numerosos cambios a lo largo de todos estos años, siendo el art. 1º varias veces modificado con lo cual, y debido a ello, la noción de consumidor inmobiliario atravesó diferentes estadios. Así:

a) El art. 1º según la ley 24.240 limitó el concepto de consumidor inmobiliario a los casos de adquisición de inmuebles nuevos a título oneroso realizada a quienes hagan oferta pública de estos.

Ello excluía de la protección de la ley a aquellas operaciones realizadas respecto de inmuebles usados, exclusión criticada por Mosset Iturraspe quien no “comprendía” el porqué de

(3) Conf. MARQUES, Claudia L., “O’diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia L. (coord.), *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 2012, p. 33.

la exclusión de la adquisición o locación de inmuebles usados, preguntándose si con ella lo que se quiso fue evitar volver al régimen locativo o de emergencia (4).

b) El art. 1º según la ley 26.361 eliminó el carácter objetivo de la definición de consumidor y borró, respecto del consumidor inmobiliario, toda referencia a inmuebles nuevos y adquiridos a quienes efectúen oferta al público (amén de que tampoco se fijó como necesaria la adquisición a título oneroso en todos los casos). Ahora bien, la mencionada reforma efectuó un agregado innecesario e inconveniente al aclarar que se aplicaba a cementerios y barrios privados. Decimos innecesarios e inconvenientes ya que esto “obligó” a la doctrina (5) a aclarar que dicha referencia era a modo de ejemplo y que por ende, la misma no significaba que el consumidor inmobiliario quedaba acotado a la contratación de inmuebles dentro de barrios privados o cementerios.

Así expresaba Chamatropulos que no se visualizaba la razón por la cual fue necesario incluir esta aclaración, ya que en toda la LDC no había ningún elemento que permitiera ni siquiera sospechar que estuviesen excluidos (6).

c) El art. 1º según el anexo II de la ley 26.994 eliminó (entre otros cambios que introdujo al mismo artículo) toda mención a los cementerios y barrios privados con lo cual, zanjó cualquier duda o discusión que pudiese tenerse al respecto.

Es decir que, toda persona que adquiere ya sea de forma gratuita u onerosa para sí misma

(4) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Defensa del consumidor*, 2ª ed. actualizada, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 20.

(5) Frustagli y Hernández afirman: “creemos que ese agregado debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor, que supone afirmar la inclusión de las operaciones inmobiliarias”. FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual”, JA 2008-II-6, número especial “Régimen de Defensa del Consumidor. Análisis de su reforma”, CICERO, Nidia K. (coord. fasc.).

(6) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor...*, cit., p. 111.



o para su grupo familiar bienes inmuebles colocados en el mercado por un proveedor, es un consumidor inmobiliario.

d) Por último, el art. 1° del APLD en análisis, respeta, en lo que se refiere al consumidor inmobiliario la tesitura adoptada por el anexo II de la ley 26.994.

Arias Cáu coincide con Barbagallo respecto de cómo se caracterizaría esta relación de consumo inmobiliario: a) no debería tratarse de una relación paritaria singular entre particulares; b) el consumidor debería ser el destinatario final del inmueble; c) lógicamente el proveedor debería ser un profesional; d) se prescindiría de la naturaleza del inmueble (7).

## II.2. *Ámbito de aplicación*

En el sistema actual establecido por la LDC no encontramos una regulación específica de los vicios en la contratación inmobiliaria, ya que esta regula los vicios ocultos solo respecto de aquellos defectos que pudieran existir en la contratación de cosas muebles no consumibles (capítulo IV), incluyéndose aquellas cuestiones conexas como las garantías (art. 11), servicio técnico (art. 12), la responsabilidad (art. 13) y las vicisitudes propias del servicio de reparación, certificado de garantía (art. 14) constancia de reparación, plazo y supuesto de insatisfacción (arts. 15, 16 y 17).

Ahora bien, debido a la regulación contenida en la garantía legal, el régimen de los vicios redhibitorios en el ámbito de la LDC no tendría consecuencias prácticas. Así el art. 18 de la LDC, prescribe: “La aplicación de las disposiciones precedentes, no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios”.

Sostiene al respecto Abad que habida cuenta de las modificaciones introducidas al régimen de la responsabilidad por vicios ocultos, el consumidor carece de interés para intentar con provecho, la canalización de su reclamo por la vía del sistema general de responsabilidad por

(7) BARGALLO, Miguel Á., “La protección del consumidor inmobiliario ante la ley 26.361”, ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión de derecho interdisciplinario nro. 5, Córdoba, 2009, ps. 191-109.

vicios ocultos, prescindiendo de la tutela que le brinda la garantía legal (8).

El ALDC parece haber receptado esas conclusiones ya que estableció dos regímenes perfectamente diferenciados, así, la garantía legal funcionará para bienes muebles, mientras que los institutos de los vicios ocultos y la ruina serán aplicables únicamente a los bienes inmuebles.

Encontramos así que coexistirán dos sistemas de vicios redhibitorios y ruina, uno el regulado en el Cód. Civ. y Com. y otro en el ALDC, los cuales deberán complementarse e integrarse debido al necesario diálogo de fuentes al que hicimos mención al comienzo del presente trabajo.

## III. Los vicios redhibitorios ocultos y la ruina en la contratación inmobiliaria

En este punto estudiaremos los aspectos generales de estos institutos, aclarando que, tal como dijimos al comienzo de este trabajo, debido a que el ALDC no los define ni analiza, deberemos centrarnos en la regulación que de ellos hace el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com.), lo cual será de suma utilidad al lector debido a que el art. 62 del ALDC expresamente manda a interpretar los mismos de acuerdo a las reglas establecidas en el Cód. Civ. y Com. respetando siempre la protección al consumidor (9).

Explican Barocelli y Arias Cáu, siguiendo a Rusconi, que “...a la hora de la interpretación y aplicación del derecho, el más importante será el ‘principio protectorio’, que encuentra su anclaje constitucional en el art. 42 de la CN y que ha sido reconocido expresamente en el art. 1094

(8) ABAD, Gabriel, “La resolución parcial como vía para la subsistencia de la pretensión estimatoria o *quantum minoris* para el acreedor de la responsabilidad por vicios ocultos redhibitorios”, ponencia presentada por ante la Comisión nro. 5 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata.

(9) Una norma similar la encontramos en el art. 36 del ALDC el cual dice: “Integración normativa. Las normas de este Título se integran y armonizan con las reglas y principios del Código Civil y Comercial, como así también con las leyes especiales que alcanzan a los contratos de consumo conforme el principio fundamental de protección del consumidor. En caso de conflicto de normas, se aplicará la que resulte más favorable para el consumidor”.

del Cód. Civ. y Com. Para su aplicación, el principio protectorio se suele expresar en tres formas: a. regla *in dubio pro consumidor*; b. regla de la norma más favorable; y c. regla de la condición más beneficiosa. El principio *in dubio pro consumidor*, en su contenido, determina que, cuando una norma, general o particular, en una situación de hecho, puede llevar a dos o más posibles interpretaciones, el intérprete debe privilegiar aquella que fuera más favorable al consumidor en el caso concreto. La regla de 'la norma más favorable' establece que, en caso de que haya más de una norma aplicable a una situación jurídica, se opte por aquella que sea más favorable para el consumidor, sin importar su jerarquía, generalidad o especialidad, orden temporal o clasificaciones de otro tipo" (10).

### III.1. Análisis del artículo 62 ALDC

Reza el art. 62 de la ALD:

"Vicios redhibitorios y vicios ocultos en la contratación inmobiliaria de consumo. La categoría de vicios de calidad por inadecuación comprende los vicios redhibitorios y los vicios ocultos en la adquisición de inmuebles. En estos casos las reglas de esta ley se integrarán con las del régimen de saneamiento del Código Civil y Comercial, cuando así fuere necesario, las que deben ser armonizadas a partir del principio de protección del consumidor. La misma integración cabrá en materia de ruina de la construcción de inmuebles, en la medida que el vínculo constituya una relación de consumo"

#### III.1.1. Vicios ocultos y redhibitorios

Siendo que el ALDC solamente recepitó los vicios ocultos y redhibitorios, nos centraremos en un análisis más profundo de ellos, siendo innecesario, debido al objeto de este trabajo, tratar sobre la evicción, aclarando, no obstante, que, al mandar el art. 63 del ALDC integrar las reglas referidas a este tema, con las de saneamiento las cuales según el art. 1034 del Cód. Civ. y Com., comprenden la de evicción y la de vicios ocultos, no nos parece descabellado sostener que de la lectura armónica de ambos preceptos legales un consumidor inmobiliario

cuyo inmueble adquirido posea algún vicio jurídico (lo cual es factible que se dé en negocios en pozo o a través de fideicomisos) cuente con la protección que el derecho de consumo regula para los vicios redhibitorios, el cual contiene notables ventajas, v.gr., la ampliación del plazo de prescripción para ejercitar la acción, el cual según el art. 64 ALDC es de 3 años.

De todos modos, consideramos que hubiese sido conveniente, a fin de evitar tener que hacer este "forzado" diálogo de fuentes, receptor por parte del ALDC ambas garantías, estableciendo un régimen de evicción diferenciado tal como el de los vicios redhibitorios y la ruina.

#### III.1.1.1. Concepto y caracteres

Los vicios ocultos o redhibitorios son una especie de la garantía de saneamiento, de la cual la evicción es la otra. La garantía de saneamiento dentro del Cód. Civ. y Com. se encuentra regulada en la sección 4 del capítulo 9, donde se regula los efectos de los contratos, y a esta, como parte del título II que trata sobre los contratos en general (11).

Lorenzetti enseña que la garantía de saneamiento es un género conceptual que abarca: 1) La garantía de evicción, 2) los vicios redhibitorios, y 3) el saneamiento que permite que el adquirente ejerza la acción de cumplimiento, solicitando al garante que perfeccione el título o subsane los defectos (art. 505, inc. 1º, Cód. Civil) o que lo indemnice de los daños sufridos (art. 505, inc. 3º) (12).

(11) Si bien es cierto que el Cód. Civ. y Com. mejora metodológicamente la ubicación de estas garantías debido a que en el Código de Vélez se encontraban insertos en la sección destinada a contratos en especial y entre dos contratos típicos como lo son el contrato oneroso de renta vitalicia y el contrato de depósito, en estricto sentido técnico jurídico hubiera sido preferible ubicarlo en una parte general, en el régimen de los actos jurídicos porque el instituto refiere a cualquier transmisión de derechos o división de bienes, excediendo por lo tanto el ámbito puramente contractual. NICOLAU, Noemí L., "La obligación de saneamiento y la responsabilidad por evicción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), Suplemento especial. Contratos, La Ley, Buenos Aires, febrero, 2015, p. 145.

(12) LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 672.

(10) RUSCONI, Dante, *Manual de derecho del consumidor*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 133.

En líneas generales podríamos decir que los vicios ocultos o redhibitorios vienen a garantizar al adquirente contra defectos materiales de los bienes adquiridos, mientras que la evicción lo hace respecto de vicios jurídicos. En el derecho romano ya se reconocían los defectos redhibitorios, los que eran definidos como defectos ocultos de la cosa, existentes al tiempo de la celebración de la compraventa, y que la hacían inútil para su destino o disminuían notoriamente su valor (13).

En la doctrina Atilio Alterini consideraba vicios redhibitorios a los “defectos de cierta importancia que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación habría sido menor” (14).

Consecuentemente con dicha definición, se reconocían al comprador dos acciones facultativas y con plazos diversos: una para devolver la cosa, que era la redhibición y que implicaba la restitución del precio abonado; y la otra para quedarse con la cosa, que era la estimatoria o *quanti minoris*, que permitía la compensación de la diferencia de valor tenida en miras al principio del acto jurídico en cuestión (15).

El Cód. Civ. y Com. no nos brinda una definición de vicios ocultos y redhibitorios, debiendo entonces recurrir al análisis de las normas que los tratan para delimitar sus contornos. Así:

El art. 1051 inc. b) bajo el título “contenido de la responsabilidad por vicios ocultos” expresa que se consideran como vicios redhibitorios a aquellos que hacen a la cosa impropia para su destino, por razones estructurales o funcionales o que disminuyen su utilidad a tal extremo que de haberlos conocido el adquirente no la

habría adquirido o su contraprestación hubiese sido significativamente menor.

Por defectos estructurales entendemos no solo defectos en los materiales con los cuales están construidas sino también los defectos en el diseño que hacen a la cosa impropia funcionalmente para su destino.

El análisis debe ser efectuado en concreto a la hora de determinar si una cosa posee vicios en su funcionalidad, p. ej.: si compro un pistión antiguo cuya finalidad es únicamente ornamental no podré reclamar como un vicio que el mismo no sirva para disparar, ya que no es ella la función a la cual está llamado a servir.

El art. 1052 bajo el título “ampliación convencional de la garantía” expresa que un defecto es vicio redhibitorio: a) si lo estipulan las partes con referencia a ciertos defectos específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocido; b) si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad; c) si el que interviene en la fabricación o en la comercialización de la cosa otorga garantías especiales. Sin embargo, excepto estipulación en contrario, el adquirente puede optar por ejercer los derechos resultantes de la garantía conforme a los términos en que fue otorgada.

Por último, el art. 1053 establece exclusiones, indicando que “La responsabilidad por defectos ocultos no comprende: a) los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho reserva expresa respecto de aquellos”.

Ahora bien, encontrándonos en presencia de una norma de tipo legal “abierto” (16), debido a que el Cód. Civ. y Com. no especifica cuáles son los parámetros para establecer como debe ser

(13) GHIRARDI Juan C. - ALBA CRESPO, Juan, *Manual de derecho romano*, 1ª ed. 1999, reimpr., Eudecor, Córdoba, 2000, p. 512.

(14) ALTERINI, Atilio A., *Contratos. Civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*, reimpr., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 553. Este criterio es seguido en el art. 918 del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993.

(15) ABAD, Gabriel, “La resolución parcial...”, cit.

(16) Coincidimos con Barocelli en que este tipo de normas “abiertas” tienen la ventaja de evitar que una pluma habilidosa pueda sortearlas fácilmente. BAROCELLI, Sergio S., “La problemática de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el nuevo Código Civil y Comercial”, *Revista Código Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016 (mayo).

realizado el examen, y, por ende, cuando este es “adecuado”, habrá que detenerse y analizar cada caso en concreto.

Existen diversas posturas referidas a la calidad del análisis que debe efectuarse, así Borda sostenía que “no es razonable exigir a todo el que adquiere una cosa que vaya acompañado de un experto. Sería una exigencia excesiva, que no se aviene con la práctica de los negocios ni con las necesidades del tráfico comercial. Basta pues con el cuidado que pone en sus negocios un propietario diligente” (17).

López de Zavalía, por su parte, con su habitual agudeza aclaraba que “No se necesita ir por la vida acompañado de una cohorte de asesores, pero sí con el conocimiento mínimo de las propias limitaciones y de que a veces hay que hacerse asesorar” (18).

En definitiva, en cada caso en particular se deberá juzgar si el análisis efectuado por el adquirente fue adecuado o no.

Lógicamente lo señalado pierde preponderancia en el derecho al consumidor ya que el proveedor responde siempre por los vicios ocultos que detente el producto vendido.

Ahora bien, de lo dicho hasta ahora surge el siguiente interrogante: ¿son lo mismo los vicios redhibitorios que los vicios ocultos?

Esta pregunta fue tratada en la Comisión nro. 5 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata, no existiendo una postura unánime respecto al tema, tal como surge de las conclusiones de la misma:

“Respecto de la relación entre vicios ocultos y vicios redhibitorios en el régimen del Cód. Civ. y Com.: A) No existe ninguna distinción entre unos y otros puesto que el Cód. Civ. y Com. los trata como sinónimos. (Minoría: Borda, Colombres y Freytes). B) Existe una relación de género (vicios ocultos) a especie (vicios redhi-

bitorios) cuya diferencia se basa en la gravedad del defecto. (Mayoría: Alferillo, Aparicio, Kina, Cafferata, Wagner, Cacace, Danuzzo, Carignano, Barocelli, Trivisonno, Arias, Juanes, Cocca, López Carreras, Arias Cáu, Márquez. C) Existe una relación de género (vicios ocultos) a especie (vicios redhibitorios) cuya diferencia reside sustancialmente en el objeto sobre el cual recae: el vicio oculto sobre bienes, el redhibitorio sobre cosas materiales. (Minoría: Nicolau, Nieto, Pérez)” (19).

Por nuestra parte —y tal como surge de la votación— sostenemos que no existe ninguna distinción entre unos y otros ya que no vemos conveniencia de orden práctico para efectuarla. La mayor diferencia que existiría para quienes propiciaron el voto por la mayoría, entre los vicios ocultos y los vicios redhibitorios es que al acreedor de la garantía de estos últimos el art. 1056 Cód. Civ. y Com. le permitiría resolver el contrato.

Ahora bien, nos preguntamos, ¿siempre que se trate de un vicio redhibitorio el acreedor de la garantía podría sin más resolver el contrato? la respuesta es no, y ello debido a lo que expresa el art. 1057 del Cód. Civ. y Com.:

“*Defecto subsanable.* El adquirente no tiene derecho a resolver el contrato si el defecto es subsanable, el garante ofrece subsanarlo y él no lo acepta...”

De acuerdo con esto vemos que realmente lo que importa al final del día no es cuán grave es el vicio, sino la actitud del deudor de la garantía, ya que, aunque existiese la mentada distinción entre los dos vicios, si el vicio es grave pero subsanable y el garante acepta subsanarlo, el acreedor no puede resolver y, por otro lado, si el vicio no es grave (vicio oculto) y es subsanable pero el deudor no quiere subsanarlo, se podrá resolver.

Haciendo funcionar al instituto de esta manera nos ahorraríamos la discusión previa respecto de si tal o cual defecto puede ser calificado como redhibitorio o no, discusión que en

(17) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, t. I, ps. 154 y 155.

(18) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, Zavalía, Buenos Aires, 2003, t. I, núm. 41, p. 786.

(19) <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%-C2%B0-5.pdf>.

la praxis (que es lo que nos interesa realmente, ya que el derecho viene a reglar conductas sociales (20)) consumiría tiempo y dinero.

Siguiendo con el tema, vemos que el ALDC trata de un modo equívoco a los vicios redhibitorios y a los vicios ocultos, ya que de la lectura del art. 62 da la impresión que el ALDC se enrola en la postura mayoritaria, tratando a los vicios ocultos y a los redhibitorios como si fuesen distintos, para luego, en el art. 63 regularlos como si fuesen sinónimos uno de otro.

### III.1.1.2. El vicio de calidad por inadecuación, los vicios redhibitorios y los vicios ocultos

Como vimos en los puntos anteriores, los vicios son defectos que afectan a la cosa, ya sea en su estructura o en su funcionamiento, pero existiendo una identidad entre el bien que el deudor de la obligación de dar (y garante de la obligación de saneamiento) se comprometió a entregar y lo que efectivamente entregó. Ahora bien, estos defectos de acuerdo con lo normado expresamente por el art. 1053 del Cód. Civ. y Com. (21), para ser considerados como vicios ocultos o redhibitorios debían existir al tiempo de la adquisición y no haber sido conocidos a través de un examen adecuado por el adquirente.

Los vicios de calidad por inadecuación —conocido como *aliud pro alio* (22)— tienen lugar cuando se transmite una cosa que contiene una diferencia de calidad entre lo prometido y lo entregado, lo cual, en definitiva, entraña la entrega de un bien por otro. Ejemplos de ello se encuentran en la compraventa: la entrega de cosas no adecuadas al contrato (arts. 1156 y 1157 del

(20) Es que como bien sostenía nuestro comprovinciano Carlos Cossio en su *Teoría egológica del derecho*, el objeto de estudio del derecho no es la norma jurídica, sino la conducta humana en interferencia intersubjetiva.

(21) El artículo 1053 del Cód. Civ. y Com. establece las exclusiones al régimen de los vicios ocultos, es decir, en qué casos un defecto que podría ser calificado como tal, contará con la garantía legal. Así, la norma dice: “Art. 1053.— Exclusiones. La responsabilidad por defectos ocultos no comprende: a) los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho reserva expresa respecto de aquéllos”.

(22) Traducido del latín como “una cosa por otra”.

Cód. Civ. y Com.), o la entrega de una cosa que no es igual calidad que la muestra (art. 1153 del Cód. Civ. y Com.).

Por su parte el ALDC en su art. 51 indica que nos encontraremos en presencia de vicios de calidad por inadecuación cuando los bienes o servicios “...1. Sean impropios para el consumo al que se destinan de acuerdo a su función. En materia de servicios ello ocurrirá cuando no se adecuen a las normas administrativas o a los resultados que razonablemente puede esperarse de los mismos; 2. No tengan cierta calidad o funcionalidad durante un tiempo determinado o exista obsolescencia programada; 3. Afecten la identidad entre lo contratado y lo efectivamente entregado; 4. Exista disparidad, más allá de las variaciones resultantes de la naturaleza del bien, entre las cantidades informadas en el envase, empaque, rotulado o publicidad y el contenido neto; 5. El bien o el servicio no satisfaga las expectativas legítimas que cabe al adquirente esperar de esa clase de bienes” (23).

En el sistema del Cód. Civ. y Com. resulta claro que no existe equiparación ni igualdad de tratamiento entre las cosas que poseen un vicio de calidad por inadecuación y las cosas que poseen un defecto oculto (grave o no), contando cada uno de ellos con un régimen jurídico distinto, en el caso de los primeros, el régimen general de responsabilidad por incumplimiento contractual y en el segundo, el régimen especial de saneamiento y más específicamente el de los vicios redhibitorios u ocultos.

En el régimen propuesto por el ALDC los bienes muebles contarán con el régimen de la garantía legal, quedando los vicios redhibitorios u ocultos para el caso del consumo inmobiliario, con la particularidad que en este último se previó una equiparación de regímenes entre los vicios de calidad por inadecuación y los vicios redhibitorios.

Un ejemplo práctico nos dará idea de cómo funciona esta equiparación. Pensemos en un departamento comprado en pozo, el cual al momento de su entrega al adquirente no se

(23) Compartimos en general la redacción de la norma, aunque creemos que el inc. 5 de esta, al ser de un tipo tan “abierto” genera inseguridad y desdibuja al resto.

ajusta a la memoria descriptiva otorgada por el desarrollador debido a que, supongamos, los pisos, la carpintería o los muebles de cocina no son de las características pactadas. ¿Qué acción tendría el adquirente?

Pues bien, en el régimen del Cód. Civ. y Com., el adquirente contaría únicamente con las acciones de responsabilidad por incumplimiento contractual, ya que, como vimos, los vicios por inadecuación no son considerados vicios ocultos y por ende no gozan del sistema especial de garantía con los que cuentan estos (24).

Así las cosas, lo novedoso del ALDC es que expresamente equipara, cuando se trate de adquisición de inmuebles la categoría de vicios de calidad por inadecuación con la de los vicios redhibitorios y ocultos.

### III.1.1.3. ¿Quiénes deben la garantía?

Para responder el interrogante del título analizaremos primero el régimen del Cód. Civ. y Com. y luego lo integraremos con el ALDC.

El art. 1033 del Cód. Civ. y Com. establece que se encuentran obligados al saneamiento (25):

1. el transmitente de bienes a título oneroso (producto de una venta, por ejemplo), siendo este el único deudor de la garantía de saneamiento;

2. quien ha dividido bienes con otros (en este caso podría ser una división de condominio o una partición de herencia), en este caso,

(24) En ese sentido sostienen Aparicio, Cafferata, Freytes, Negritto, Quinteros y Rodríguez Fernández que "En los casos de diferencia de calidad del bien entregado, que entraña la entrega de un bien por otro, lo que se denomina *aliud pro alio*, se trata de supuestos que no están incluidos en la esfera propia de la responsabilidad por vicio ocultos, sino que corresponde considerarlos hipótesis de responsabilidad por incumplimiento...". APARICIO, Juan M. - CAFFERATA, Juan M. - FREYTES, Alejandro E. - NEGRITTO, Oscar - QUINTEROS, Fernando - RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Marcelo, "Los vicios ocultos en el Código Civil y Comercial de la Nación", ponencia presentada por ante la Comisión nro. 5 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata.

(25) Conforme el art. 1034, Código Civil y Comercial, el obligado al saneamiento garantiza por evicción y por vicios ocultos.

y de acuerdo al art. 1042 del Cód. Civ. y Com., dado que la división es simultánea, cada uno de ellos solo responden en proporción de su cuota parte indivisa, excepto que se haya planteado su solidaridad;

3. sus respectivos antecesores, si han efectuado la correspondiente transferencia a título oneroso. Aquí debemos hacer notar que quienes tienen responsabilidad por saneamiento a raíz de enajenaciones sucesivas son obligados concurrentes.

En el régimen del Cód. Civ. y Com. el adquirente de un bien a título gratuito puede ejercer las acciones de responsabilidad por saneamiento de sus antecesores siempre y cuando estos hayan sido adquirentes a título oneroso (art. 1035).

Más dudosa nos parece esta afirmación si hablamos de la ley 24.240 ya que nos parece que, en algunos casos, el adquirente de un bien a título gratuito podría tener derecho a ejercer esta garantía ya que las muestras gratis entregadas por el proveedor no son liberalidades sino estrategias de *marketing* bien dirigidas y, cuya finalidad, es la de aumentar las ventas y hacer conocido el producto.

Veamos un ejemplo, supongamos que nos encontramos en un supermercado y una promotora nos ofrece una muestra gratis de una salsa, la cual aceptamos. ¿Qué ocurre si al llegar a casa y probarla nos damos cuenta que la misma está "pasada"? No tenemos dudas que entre el proveedor que nos "regaló" la salsa y nosotros existe una relación de consumo y que, por lo tanto, si el defecto de la salsa provocó un daño en nuestra salud podríamos demandarlo amparados en la ley 24.240. Ahora bien, si la salsa fue inocua, ¿podríamos demandar al proveedor por vicios redhibitorios? Entendemos que en este caso no, pero somos conscientes que en otros casos la respuesta no es tan clara. Me explico: supongamos que estamos en presencia de una promoción realizada por una marca de combustible, cuyas bases establecen que con cada carga de nafta que realizamos sumaremos puntos y que, al llegar a juntar a cierta cantidad de ellos, obtendremos un autito de juguete de regalo (tengamos en cuenta que no pagamos ni un peso de más por la nafta). En

ese caso, si el autito que escogimos tiene una falla, entendemos que sería posible reclamar la garantía por vicios redhibitorios, ya que esa muestra “gratis” llegó a nuestras manos como “contraprestación” por la lealtad con la marca.

En el caso del ALDC, la solución no variaría, aunque nos es difícil imaginarnos una situación donde un proveedor regale un inmueble (26).

#### III.1.1.4. Disponibilidad de la garantía

Siendo un elemento natural de los contratos a título oneroso las cláusulas de garantía por saneamiento (27) existen aunque no hayan sido estipuladas por las partes, pero estas pueden aumentarla, disminuirla y suprimirla (art. 1036, Cód. Civ. y Com.) pero contemplando que las cláusulas que supriman o disminuyan serán interpretadas de modo restrictivo (art. 1037, Cód. Civ. y Com.).

Veamos cómo funcionarían las cláusulas que disminuyan o supriman la garantía por saneamiento, teniendo en cuenta —como manda a interpretar la lectura restrictiva de una norma— el art.1062 del Cód. Civ. y Com. (28):

a. *En los contratos paritarios y no de consumo:* en principio podría pactarse una cláusula de este tipo, siempre y cuando no desnaturalice el negocio jurídico buscado por las partes ya cuando la supresión de la garantía de saneamiento termine privando de causa o de sentido al contrato celebrado entre las partes, podría ser tenida por no convenida, ya que “ella aten-

---

(26) Pensamos el caso de un desarrollador o administrador de tiempos compartidos, que regala una estadia a un consumidor (claramente como una estrategia de marketing). En ese caso, si el inmueble tiene fallas el consumidor podría demandar el daño por haberse frustrado sus vacaciones, por el dinero que gastó en trasladarse hacia ese lugar y por cualquier otro daño que tenga causa en esa relación de consumo, pero, nos resulta claro que no podría demandarlo por los vicios ocultos que tenga ese inmueble, ya que no es el propietario.

(27) La cual como vimos comprende la garantía por evicción y vicios ocultos.

(28) El cual indica que cuando por una disposición legal (como lo es la establecida por el art.1037, Código Civil y Comercial) o por acuerdo de partes se establezca una interpretación restrictiva debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad.

taría contra el fin mismo que tuvieron las partes al celebrar el contrato”.

En sentido semejante, el art. 7.1.6. de los Principios de UNIDROIT, especifica que “una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento ...no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato”.

b. *En los contratos de adhesión no de consumo:* serían nulas de acuerdo con lo establecido por el art. 988, incs. a) y b) del Cód. Civ. y Com.

c. *En los contratos de consumo,* paritarios o de adhesión: serían nulas de acuerdo con lo normado por los arts. 1117 del Cód. Civ. y Com., 37, ley 24.240 y 41 y 52 del ALDC (29).

Ahora bien, el art. 1038 del Cód. Civ. y Com. regula casos en los cuales se las tendría directamente por no convenidas, y esos son:

a. *Si el enajenante conoció o debió conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios:* en el primer caso estamos en presencia de dolo y en el segundo de culpa. Para analizar el comportamiento del enajenante resultarán siempre útiles las enseñanzas de Orgaz el cual al referirse a la culpa explicaba “...cuando el artículo 512 habla de las circunstancias de las personas para determinar la culpabilidad, la ley toma en cuenta las condiciones particulares de aquella, su mayor capacidad, conocimiento, aptitudes, etc. Se admite unánimemente que el agente con superiores cualidades o habilidades a las comunes se los juzga con mayor rigor, y en caso de omisión de la diligencia o la prudencia necesaria, se le atribuye culpa en supuestos que el hombre común sería considerado

---

(29) De todos modos, consideramos que antes de declarar nulas este tipo de cláusulas debería efectuarse un análisis serio del negocio jurídico que regulan a fin de observar si dicha renuncia no deviene en algún beneficio para el consumidor o para el adherente en el caso del punto b) que hagan que la misma se encuentre justificada. Para ampliar sobre este tema ver COLOMBRES, Fernando M., “La validez o no de las cláusulas que impliquen renuncia a la facultad conferida por el art. 765 del CCCN en los contratos de consumo”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2016-3, ALEGRIA, Héctor - MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos. Parte general*, 1ª ed. revisada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 307.

inculpable” (30), como así también la regla del art. 1725 del Cód. Civ. y Com., el cual reza que “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”.

b. *Si el enajenante actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad:* Respecto a esto es dable aclarar que no siempre que estemos en presencia de un profesional en la actividad este deberá ser considerado como un proveedor y por ende esa relación no siempre será de consumo, desde el momento que “el concepto de profesional del Cód. Civ. y Com. en materia de obligación de saneamiento es distinto y más amplio que el de proveedor previsto por la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) ya que tiene en cuenta principalmente el conocimiento técnico y específico, la experiencia y la habitualidad en la rama de negocios de que se trate” (31).

Pensemos en un mecánico de autos que trabaja en relación de dependencia para una terminal o una concesionaria y decide vender su auto, está claro que no podrá ser tomado como un proveedor, pero sí como un profesional y cualquier cláusula limitativa de responsabilidad por vicios que haya estipulado se tendrá por no escrita. Ahora bien, si a quien vende el vehículo es su compañero de trabajo, también mecánico, la cláusula que pacten será, en principio (32), válida.

Para terminar con este tema nos resulta claro que tanto en el régimen de la LDC como en el del ALDC, si este mismo mecánico decide comprar su auto a un proveedor (p. ej., concesiona-

ria) esta excepción no se le aplica, y cualquier cláusula limitativa de la garantía de saneamiento pactada, se tendrá por no escrita.

### III.1.2. El régimen de la ruina

#### III.1.2.1. Concepto y caracteres

Dice el art. 1273 del Cód. Civ. y Com.: “Obra en ruina o impropia para su destino. El constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de la obra por los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino”.

De la lectura del artículo *ut supra* transcrito surge evidente que el Cód. Civ. y Com. no brinda un concepto de lo que debe entenderse por obra ni por ruina, por lo cual deberemos delimitar sus contornos siguiendo a la doctrina.

Enneccerus y Lehmann la definen como “cosa inmueble formada por el empleo del trabajo y material en unión con el suelo” así como “una obra unida a una finca o edificio y que según su destino típico, es inmueble y además no consiste en una mera transformación del suelo” (33).

Leiva Fernández señala acertadamente que el Cód. Civ. y Com. fue más específico, ya que en lugar de hablar de obra “adherida al suelo” estableció que la obra es la “realizada en inmueble”, lo cual es correcto ya que al añadir pisos a un edificio, la obra no se adhiere al suelo si no a esa construcción la cual es un inmueble por accesión (34).

Respecto al concepto de ruina, dicen Arias Caú y Nieto que “el texto actual, al no acotarse en la palabra ruina, hace procedente la garantía aun cuando no fuera la misma estabilidad del edificio la que estuviera en juego bastando que la construcción no sea la adecuada para su destino...” (35).

(30) Citado por CORNET, Manuel, “La culpa en el Código Civil argentino” en MOISSET DE ESPANÉS, Luis - CORNET, Manuel - MÁRQUEZ, José F. - MOISA, Benjamín - TINTI, Guillermo, *Reparación de daños y responsabilidad civil*, Zavalía, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 166.

(31) Conclusiones de la Comisión nro. 5 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata, votada por unanimidad, <http://jornadasderehocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-5.pdf>.

(32) Decimos en principio, ya que habría que ver si dicha cláusula no desnaturaliza la operación en el caso concreto.

(33) ENNECCERUS, Ludwing - KIPP, Theodor - WOLFE, Martín, en *Tratado de derecho civil. Derecho de Obligaciones*, ENNECCERUS Ludwing - LEHMANN, Heinrich (dirs.), Bosch, Barcelona, 1959, t. II, vol. 2, ps. 291, nota 14.

(34) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), 1ª ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. VI, p. 657.

(35) ARIAS CÁU, Esteban Javier - NIETO, Matías Leonardo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*,



Así las cosas, habrá que centrar la atención especialmente en si la obra realizada en inmueble y destinada a tener larga duración, cumple con el cometido para el que fue construida, ya que puede ser considerada como ruina una obra constructivamente sólida, pero inadecuada para su destino (36).

Según alguna doctrina el Cód. Civ. y Com. re-ceptó la posición intermedia, la cual exigía que la obra se torne impropia para su destino, sin que necesariamente se halle comprometida su estabilidad (37).

Lamentablemente, de forma desprolija, el Cód. Civ. y Com. en el art. 2564 al tratar acerca de la prescripción de la acción para reclamar por ruina, utiliza de forma textual la definición de ruina contenida en el art. 1646 del Código de Vélez, la cual hace foco en la ruina estructural no funcional (38).

Finalmente expresa Leiva Fernández que debemos “Distinguir un concepto propio e ‘impropio’ de ruina. El primer concepto se vincula con la destrucción material del inmueble (se le asimilan los daños que comprometen la solidez de la obra), mientras que el segundo se refiere a la pérdida de calidades o funcionalidades que hacen al inmueble impropio para su destino” (39).

---

RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 49.

(36) Pensemos en una central eléctrica perfectamente construida pero que no genera energía.

(37) DABAH, Alejandro, “Obra y servicios”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Orientado a contadores*, CURÁ, José M. (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 786.

(38) Art. 1646.— Tratándose de edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración, recibidos por el que los encargó, el constructor es responsable por su ruina total o parcial, si ésta procede de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los materiales, haya o no el constructor provisto éstos o hecho la obra en terreno del locatario.

Art. 2564.-Plazo de prescripción de un año. Prescriben al año:

...c) el reclamo contra el constructor por responsabilidad por ruina total o parcial, sea por vicio de construcción, del suelo o de mala calidad de los materiales, siempre que se trate de obras destinadas a larga duración. El plazo se cuenta desde que se produjo la ruina...

(39) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P, en *Código Civil y Comercial...*, cit., p. 657.

### III.1.2.2. Daños que hacen la cosa impropia para su destino y los vicios ocultos

Vimos que con la caracterización de ruina efectuada por el Cód. Civ. y Com. podrá ser considerada como ruina una obra la cual si bien no tenga defectos de construcción que afecten total o parcialmente su solidez, sea impropia para su destino, es decir, vicios en la construcción que impidan que la obra cumpla la función a la cual está llamada.

Debemos aclarar que no cualquier defecto que afecte el normal uso de la cosa podrá ser calificado como ruina, ya que estos últimos quedarían aprehendidos por el régimen de los vicios ocultos (40).

### III.1.2.3. Responsabilidad del contratista y extensión de la misma

De la lectura del art. 1273 se desprende que nos encontramos en presencia de una responsabilidad objetiva en cabeza del contratista, ya que como señalan Jorge e Ignacio Alterini, la del constructor es una obligación de resultado, con lo cual, en caso de ruina, este no habrá cumplido con la garantía de eficacia si en una obra destinada por su finalidad a tener larga duración su vida útil resulta ser significativamente menor, si carece de la necesaria solidez o si es impropia para su destino (41).

Esta responsabilidad subsiste, incluso, si la ruina es por defectos del suelo o de los materiales, aun cuando hayan sido aportados por el comitente, ello debido a que siendo el constructor el profesional, debe ser él quien controle y revise los mismos.

---

(40) “La ruina de la obra prevista en el art. 1646 del Cód. Civil como presupuesto que hace surgir la responsabilidad del constructor no implica necesariamente el derrumbe de la cosa —en el caso, existen serios vicios en la construcción del suelo—, sino que se trata de un concepto jurídico aplicable al grave daño del inmueble, a la imposibilidad de aprovechar la cosa o a la necesidad de realizar costosos trabajos de reparación”, CNCom., sala B, 14/4/2004, DJ 2004-3-193.

(41) ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E., en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Alterini, Jorge H. (dir. gral.), 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, t. VI, p. 659.

Por otro lado, el art. 1274 del Cód. Civ. y Com. extiende concurrente la responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino: a) a toda persona que vende una obra que ella ha construido o ha hecho construir si hace de esa actividad su profesión habitual; b) a toda persona que, aunque actuando en calidad de mandatario del dueño de la obra, cumple una misión semejante a la de un contratista; c) según la causa del daño, al subcontratista, al proyectista, al director de la obra y a cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes.

En primer lugar, debemos señalar que al igual que en los arts. 114 del ALDC y el 40 de la LDC la responsabilidad que establece el art. 1274 del Cód. Civ. y Com. es concurrente, es decir, que cada uno de los sujetos nombrados en estos artículos responden por causas distintas, aplicándoseles un régimen distinto al de la solidaridad.

En el caso señalado en el punto a), serán considerados constructor y proveedor a efectos del ALDC, aquellos que construyan por primera vez pero que estén conformados de modo que se demuestre una vocación de continuidad en el rubro (42).

Respecto al punto b), coincidimos con Leiva Fernández respecto a que el mismo se vincula con lo que se llama obra por administración, donde el interesado no opera directamente sino que encarga la obra a un mandatario (43).

El punto c) contempla la posible responsabilidad del resto de posibles participantes de la “cadena de construcción”, indicando que cada uno de ellos responde conforme la causa del daño (44).

(42) El primer inmueble realizado por una constructora.

(43) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P, en *Código Civil y Comercial...*, cit., t. VI, p. 657.

(44) Por tanto, si el arquitecto participó en la proyección de la obra como en la dirección de su ejecución, responderá tanto por los errores de cálculo como por los vicios de la ejecución o de los materiales. El proyectista usualmente no responderá por la mala ejecución de un proyecto correctamente realizado. ARIAS CÁU, Esteban J. - NIETO, Matías L., “Obra y servicio”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 53.

Así las cosas, cuando sean más de uno los integrantes de esta cadena y se dé el supuesto de ruina que contempla el Cód. Civ. y Com. deberemos efectuar un análisis respecto a la causa eficiente del mismo y la relación con la actuación de cada uno de ellos.

Entonces nos encontraremos con que pueden existir casos en que los cálculos y planos fueron correctamente realizados por el arquitecto a cargo del proyecto, pero no de la dirección de obra y que luego se produce la ruina por defectos a la hora de seguir las instrucciones plasmadas o por el contrario que la construcción estuvo perfectamente llevada a cabo por el contratista ya que siguió al pie de la letra los planos y las instrucciones del arquitecto, pero que con motivo de los errores de distribución con que contaban estos, la obra sea inadecuada para su destino.

Debemos efectuar una aclaración con respecto a los arquitectos (ingenieros y cualesquiera otros “profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello” (45)), no se les aplicará el régimen consumeril debido a que el art. 4 del ALDC continúa con la exclusión de los profesionales liberales que se encuentra en la LDC.

Entonces a los profesionales liberales se les aplicará el régimen de ruina contenido en el Cód. Civ. y Com. y será, por ende, plenamente operativo el plazo de caducidad del art. 1275, el cual, tal como desarrollaré más adelante, entiendo no debe aplicarse en los casos de relaciones de consumo inmobiliarias.

Una digresión. La exclusión de los profesionales liberales de la aplicación de las normas de consumo fue objeto de numerosos debates con detractores (46) y partidarios (47) de la solución

(45) Según texto del art. 4º ALDC.

(46) GHERSI, Carlos A., “Los profesionales y la Ley del Consumidor (a propósito de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)”, JA 1996-I-839. CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “¿Profesiones liberales o privilegiadas?”, *Compendio de jurisprudencia, legislación y doctrina*, nro. 15, enero-febrero de 2008, Errepar, p. 219.

(47) TAMBUSI, Carlos E., *Juicios y procesos de consumidores y usuarios*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014,

receptada por la ley 24.240 en su redacción original (y que se dieron con cada modificación de la ley 24.240 que mantenía la solución original) con argumentos sólidos a favor de cada una de las posturas, los cuales, debido al objeto del presente trabajo, no podremos analizar.

Ahora bien, lo que no podemos hacer por honestidad intelectual, es evitar brindar brevemente nuestra postura, la cual se encuentra a favor del tratamiento diferenciado de los profesionales liberales y fundada en estos argumentos que en prieta síntesis exponemos.

En primer lugar debido a que si bien en la gran mayoría de los casos la obligación de los profesionales liberales será de medios (v.gr., el abogado litigante no está obligado a ganar el juicio si no a aplicar la *lex artis* que el caso requiere), dentro de su campo de acción habrá momentos en los que será de resultados también (v.gr., obligación de presentar la contestación de demanda en tiempo y forma) con lo cual el tema no pasa por intentar aplicarle a todos los profesionales el régimen objetivo de responsabilidad civil (de hecho en la LDC, no todo es objetivo), sino en ver en qué “cancha” los hacemos jugar.

La gran mayoría de los profesionales liberales no cuentan con un abogado permanente trabajando para ellos (48), ni estructura administrativa propia (49), con lo cual tener que soportar el trámite procesal más abreviado que marca la ley (el cual puede llegar a ser de solo cinco días hábiles para buscar y contratar un abogado que lo defienda), el *in dubio pro* consumidor, el beneficio de justicia gratuita, etc., creemos que implica una carga excesiva.

En segundo lugar a mi modo de ver los profesionales liberales no son simples proveedores de bienes y servicios sino que “venden” algo más, ese intangible que los distingue... por eso

---

p. 255, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - ROMERA, Oscar E., *Comentarios a la ley 24.240 de Defensa al Consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p.7.

(48) Las empresas suelen contar con abogados, estos pueden ser internos o externos y se encuentran al tanto de la actividad que sus clientes realizan.

(49) En el caso de los médicos es muy común que alquilen un consultorio en un centro médico, el cual tiene una secretaria que atiende a todos quienes alquilan ahí.

me resisto a verlos como simples proveedores ya que en la gran mayoría de los casos poseen una vocación de servicio (no me imagino a un médico en medio de una emergencia en un restaurante preguntando quién le pagará sus honorarios para revisar a ese comensal descompensado) que el ordenamiento jurídico debe alimentar y cuidar.

Lo dicho entonces, si el profesional liberal causa un daño por su actuar negligente y culpable o no cumple con el resultado prometido, deberá responder plenamente de acuerdo al sistema de responsabilidad civil del Cód. Civ. y Com. sin necesidad de aplicar normas que no fueron pensadas para ellos.

A diferencia de lo dispuesto por la conjunción de los arts. 1036, 1037 y 1038 del Cód. Civ. y Com., el art. 1276 del Cód. Civ. y Com. establece que se tendrá por no escrita toda cláusula que dispense o limite la responsabilidad prevista para los daños que comprometen la solidez de una obra realizada en inmueble destinado a larga duración o que la hacen impropia para su destino.

Surge claro que, de acuerdo con su redacción (50), esta es una norma de orden público y por ende indisponible e inderogable por acuerdo de partes.

La solución que brinda el art. 1276 del Cód. Civ. y Com. con respecto a la nulidad de las cláusulas que dispensen o limiten a los daños que comprometan la solidez de la obra, es correcta, ya que compromete la salud de los adquirentes del inmueble y de todo tercero que se encuentre en contacto con ella.

Ahora bien, no estamos convencidos de la solución propuesta por el mismo artículo respecto a la nulidad cuando la obra es impropia para su destino, ya que ahí si existiría una limitación a la autonomía de la voluntad, sin razones de peso que lo justifiquen, ya que en contratos paritarios

---

(50) Art. 1276, Cód. Civ. y Com. Nulidad de la cláusula de exclusión o limitación de la responsabilidad. Toda cláusula que dispensa o limita la responsabilidad prevista para los daños que comprometen la solidez de una obra realizada en inmueble destinada a larga duración o que la hacen impropia para su destino, se tiene por no escrita.

y no de consumo (51) debería poder pactarse que el constructor no responda si la obra finalmente es inadecuada para su destino (52) debido a que en ello no estará comprometida la seguridad y la salud del comitente ni de terceros.

### III.2. Análisis del art. 63 ALDC

“Efectos. La existencia de un vicio oculto dará lugar a las siguientes acciones:

“1. La resolución total o parcial del contrato; si la resolución es parcial la contraprestación que pagó el consumidor, o que éste se obligó a pagar, se reduce en la medida en que el vicio afecte su valor;

“2. La disminución proporcional del precio, en su caso;

“3. La reparación o su sustitución por otra económicamente equivalente, libre de vicio en su caso.

“El consumidor podrá acumular la acción para obtener la reparación de los daños.

“El adquirente no tiene derecho a la resolución si el vicio es subsanable, y el garante ofrece hacerlo y él no acepta”.

En primer lugar, debemos destacar que en el sistema del ALDC, al igual que en la LDC, cualquier vicio dará lugar a las acciones a las que hace mención el art. 63 ya que como explican Picasso y Wajntraub no se exige que los vicios revistan gravedad, bastándose que se lesione el principio de identidad del pago (53).

La norma en estudio, a diferencia del art. 62 ALDC, se refiere únicamente a vicios ocultos lo cual reafirma nuestra posición respecto a que

no existen diferencias prácticas para distinguir entre vicios redhibitorios y vicios ocultos.

Dentro de las opciones que brinda el art. 63 al acreedor de la garantía por vicios ocultos en el punto 1 encontramos la resolución parcial o total del contrato.

Mucho se habló en las últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil desarrolladas en la Ciudad de La Plata acerca de la utilización de la resolución parcial del contrato a raíz de que en el Cód. Civ. y Com. inexplicablemente se eliminó la acción *quanti minoris* (54), acción por excelencia para perseguir el fin buscado por la resolución parcial.

Reafirma la conclusión de la desaparición de la acción *aestimatoria*, el hecho de que el art. 1039 del Código Civil y Comercial, el cual se encuentra inspirado casi textualmente en el art. 1003 del Proyecto de 1998, eliminó la posibilidad de la resolución parcial.

Ahora bien, tratándose de resolución total del contrato, esta tendría efecto retroactivo, debiendo las partes restituirse lo que se hubiesen entregado, debiendo ser esta restitución tal como lo sostienen Spota y Leiva Fernández con indexación o repotenciación porque solo así se satisface el principio de reparación integral (55).

Deberemos tener en cuenta que la resolución no será posible si el defecto es subsanable y el proveedor ofrece realizarlo, tal como lo indica la parte final del artículo en comentario. En este caso el consumidor deberá aceptar la reparación ofrecida la cual deberá ser satisfactoria y realizada en un tiempo prudencial (aunque la norma no lo establezca).

No tenemos dudas de que llegado el caso en que se produzca una reparación que no sub-

(51) Tengamos en cuenta que si la cláusula limitativa de responsabilidad se da en el marco de una relación de consumo o de un contrato de adhesión la misma sería siempre nula (arts. 988 incs. a) y b), 1117 del Cód. Civ. y Com., 37, ley 24.240, 41 y 52 del ALDC).

(52) Pensemos en obras realizadas con métodos constructivos o materiales experimentales.

(53) PICASSO, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.878 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor”, JA 1998-752.

(54) Sostienen la eliminación, entre otros, ARIAS CÁU, Esteban J., “La interpretación de la acción estimatoria en el Código Civil y Comercial”, ponencia presentada por ante la Comisión nro. 5 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata; ABAD, Gabriel, “La resolución parcial...”, cit.

(55) SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ Luis F. P. (actual.), *Contratos. Instituciones de derecho civil*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. VII, p. 2215.

sane totalmente los defectos, el consumidor podrá resolver el contrato.

El punto 2 recepta expresamente la acción *aestimatoria* o *quant minoris* tal como lo hace actualmente la LDC (arts. 17 y concs. de la ley 24.240).

Explica Arias Cáu que con esta acción “se persigue que se disminuya su precio al menor valor de la cosa que posee el vicio, ya que todavía es susceptible de uso o goce por parte del adquirente” (56).

El Anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial presentado por la comisión formada por Daniel Pizarro, Julio César Rivera y Diego Botana busca reincorporarla en el art. 1056, el cual quedaría redactado de la siguiente manera:

“Art. 1056.— Régimen de las acciones. La existencia de vicios ocultos habilita al adquirente para demandar la resolución. En los contratos en los que se hubiese pagado un precio en dinero, también puede requerir su disminución”.

En los fundamentos del Anteproyecto expresaron que “En el régimen vigente se ha suprimido, sin explicación alguna, la acción *quant minoris*, lo que ha causado la crítica unánime de la doctrina. Por ello se propone prever la posibilidad de que el adquirente —cuando exista precio en dinero— pueda ejercer la acción rehibitoria o la *quant minoris*”.

Por último, el punto 3 regula la posibilidad de que el proveedor repare la cosa o de ser fungible la sustituya por otra.

Claramente, en el caso de optar por la reparación, esta debe ser satisfactoria siguiendo los parámetros brindados por el ALDC (57).

(56) ARIAS CÁU, Esteban J., “La interpretación de la acción...”, cit.

(57) Art. 61. ALDC.— Reparación no satisfactoria. La reparación es no satisfactoria cuando el servicio de reparación efectuado no permite que el bien de consumo reparado reúna las condiciones óptimas para cumplir con la función para la cual ha sido creado.

Se entenderá que se configura el carácter no satisfactorio de la reparación cuando se verifique, algunos de los siguientes supuestos, a saber: el bien no reúne las condiciones necesarias para su uso normal; existe falta de certeza de que el uso del bien sea seguro o las reparaciones hubieran solucionado definitivamente el

Por último, debemos hacer notar que no obstante el ejercicio por parte del consumidor de cualesquiera de las opciones enumeradas por el art. 63 ALDC, este tendrá siempre la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que la situación le genere, ello aunque debiera conocer la existencia del vicio de acuerdo a su profesión, tal como se encuentra regulado actualmente en el art. 18 de la LDC, no pudiéndosele aplicar las excepciones del art. 1040 del Cód. Civ. y Com.

Es que como bien explica Chamatropulos “Estando ante una relación jurídica asimétrica en la cual precisamente el distinto grado de manejo de información de las partes suele constituir una de las causas principales del desequilibrio negocial, es natural que no se trate al adquirente en las relaciones de consumo como un sujeto en condiciones de conocer los vicios por su oficio o profesión. Creemos que la conclusión es inmodificable aun cuando el proveedor demuestre que quien adquiere la cosa es un profesional altamente especializado en el manejo del bien que ha comprado (p. ej., un consumidor que adquiere una *notebook* siendo experto en temas de computación)” (58).

Referido a ello enseña Mosset Iturraspe que “se trata del establecimiento de una presunción *iure et de iure* de conocimiento de los defectos

problema; luego de realizadas las reparaciones el bien no queda en el estado anterior a la aparición de los desperfectos; el vicio persiste a pesar de la cantidad de reparaciones, entre otros.

En caso de reparación no satisfactoria, y siempre que no se encuentre afectada o amenazada la seguridad del consumidor, éste tendrá derecho a optar por:

1. La sustitución de la cosa adquirida por una cosa de idéntica característica, u otro económicamente equivalente comercializada por el proveedor. En caso de proceder al cambio del bien, el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de entrega de la cosa nueva;
2. La disminución proporcional del precio;
3. Resolver el contrato, devolviendo el bien en el estado en que se encuentre a cambio de la devolución del precio pagado conforme al precio de plaza de la cosa, vigente al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales.

En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide el ejercicio de otros derechos, como la reclamación de los eventuales daños que pudieren corresponder.

(58) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor...*, cit.

por parte del proveedor (art. 2176) y, a la vez, que el art. 2170 del Código Civil no pueda ser opuesto al consumidor significa que el proveedor responderá por los daños ocasionados aun en aquellos supuestos en los cuales el consumidor debía, por su profesión u oficio, conocer la existencia de los defectos” (59).

Así las cosas, entonces, en materia de responsabilidad por daños derivados de vicios ocultos, el factor de atribución del ALDC es objetivo, al contrario del sistema del Cód. Civ. y Com., el cual es subjetivo.

### III.2. Análisis del art. 64 ALDC

Establece el art. 64. del ALDC: “Ejercicio de la garantía por vicios ocultos. La prescripción de la acción es de 3 años”.

En primer lugar, entendemos que si bien el artículo antes transcrito se refiere al plazo de prescripción de la garantía por vicios ocultos, el mismo es aplicable a la ruina por construcción de inmuebles y a los vicios de calidad por inadecuación.

Efectuada esta aclaración e ingresando ya al análisis del artículo del título observamos que, al igual que sucede con el art. 18 de la LDC, el régimen referido a la contratación inmobiliaria de consumo no cuenta con plazos de caducidad, a diferencia de lo que ocurre con las normas sobre este instituto en el Cód. Civ. y Com.

Entonces, para comprender mejor el funcionamiento de ambos regímenes y como coexisten, estudiaremos el sistema del Cód. Civ. y Com. para luego armonizarlo con el ALDC, siempre teniendo en cuenta el diálogo de fuentes y el principio protectorio.

Primero analizaremos los plazos de caducidad ya que el Cód. Civ. y Com. contiene dos plazos de este tipo que coexisten y funcionan en simultáneo (60).

La caducidad de derechos fue definida como “un límite temporal interno del derecho subjetivo; el legislador dispone que el derecho ‘dure’ o ‘se extinga’ llegado un determinado momento; se concede al titular ese poder jurídico por tiempo determinado, y si dentro de él no lo ejercita no tiene ya posibilidad de hacerlo porque dicha prerrogativa se ha consumido por sí misma, ha muerto definitivamente. De la misma forma que ciertos cargos públicos suelen concederse para un tiempo determinado, al finalizar el cual el sujeto deja de detentar las facultades y poderes que el cargo proporcionaba, los derechos sujetos a caducidad se otorgan para un cierto período de tiempo, y no más allá de él... Mientras que la prescripción parece ser un derecho potestativo, la caducidad se nos manifiesta como uno de los límites internos de los derechos subjetivos, consistente en el efecto extintivo que produce sobre ellos un hecho de la naturaleza, el tiempo, por disposición de la ley o de la voluntad privada” (61).

En cuanto a los fundamentos de la caducidad agudamente se ha puntualizado que “estos plazos responden a la absoluta necesidad de que ciertos actos se cumplan dentro de un breve tiempo por exigencias del comercio, del movimiento de la vida jurídica, de la rapidez de los procedimientos, de la sucesión y concatenación de las relaciones. De allí que, haciendo caso omiso a la negligencia del titular en ejercer su derecho y que debió hacerlo en el plazo prefijado, o incluso ante la imposibilidad de actuar, la ley atiende al hecho objetivo del transcurso del término en que ese derecho debió ejercitárselo, y ha transcurrido inútilmente... En miras de la certeza de las relaciones jurídicas, el derecho tiene por finalidad primordial la pronta consolidación de determinadas situaciones” (62).

Dicho esto, vemos que el art. 1054 Cód. Civ. y Com. establece que el adquirente tiene la carga de denunciar expresamente la existencia del defecto oculto al garante dentro de los sesenta

(59) MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de defensa del consumidor: Ley 24.240: modif. por leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361: protección procesal de usuarios y consumidores*, por GOZAÍNI Osvaldo A., 1ª ed., 1ª reimp., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 148.

(60) O mejor dicho, como veremos, en forma sucesiva.

(61) OJEDA AVILÉS, Antonio, “La asimilación por el ordenamiento laboral de la caducidad de derechos”, en [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2493965.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2493965.pdf), ps. 67 y 68.

(62) VALENTE, Luis A., *La caducidad de los derechos y acciones en el derecho civil*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, ps. 31 a 33.

días de haberse manifestado y que el incumplimiento de esta carga extingue la responsabilidad por defectos ocultos, excepto que el enajenante haya conocido o debido conocer, la existencia de los defectos.

Este primer plazo de caducidad nunca podrá aplicarse al régimen previsto para los vicios ocultos o la ruina inmobiliaria en las relaciones de consumo debido a que existe una presunción de conocimiento del vicio que opera *iure et de iure* respecto del proveedor.

El segundo plazo de caducidad lo encontramos en el art. 1055 del Cód. Civ. y Com. el cual, respecto a bienes inmuebles establece que la responsabilidad por vicios ocultos caduca a los tres años desde que el adquirente lo recibió.

Al analizar el régimen de los vicios redhibitorios en la actual ley 24.240 algunos autores sostienen que “Haciendo un adecuado diálogo de fuentes con el Código Civil y Comercial, al sostener el art. 18 que la garantía de vicios redhibitorios subsiste más allá de la garantía legal, que es de seis meses para cosas muebles no consumibles, entendemos que en las relaciones de consumo, interpretando conforme dispone el reciente Código en el art. 1096, a la luz del principio protectorio, no resultará de aplicación el plazo de caducidad de seis meses para cosas muebles del art. 1055 del Cód. Civ. y Com.; ya que interpretarlo de otra manera implicaría ‘confundir y subsumir’ ambas garantías y por ende dejar en letra muerta el art. 18 de la LDC. En ese sentido, entendemos que *dicha garantía valdrá hasta el plazo de prescripción residual de cinco años (art. 2560)*” (63).

En el caso de los vicios ocultos o los vicios por inadecuación, esta interpretación no tiene efectos prácticos, ya que de acuerdo con lo establecido por el art. 64 ALDC el plazo de prescripción de tres años coincide con el plazo de caducidad, siendo este el plazo que debería aplicarse siempre y que derogaría en estos casos el plazo de un año establecido en el art. 2564 del Cód. Civ. y Com.

Con respecto de la ruina inmobiliaria, el art. 1275 del Cód. Civ. y Com. establece un plazo de caducidad de 10 años desde que la obra es aceptada para que sea aplicable la responsabilidad por ruina, ya sea por la destrucción material del inmueble (se le asimilan los daños que comprometen la solidez de la obra), o por la pérdida de calidades o funcionalidades que hacen al inmueble impropio para su destino.

Ahora bien, siendo que el ALDC en puridad no prevé plazo de caducidad alguno respecto a la ruina de obras sobre inmuebles que están destinadas a larga duración, nos preguntamos si este plazo funciona con respecto a ellos o si únicamente debe aplicarse el plazo de prescripción una vez que el vicio se hace patente.

Encontramos la postura de Barocelli y Arias Cáu (la cual establece la subsumición del plazo de caducidad en el plazo de prescripción) justa cuando se refiera a vicios ocultos o vicios por inadecuación de calidad, pero nos genera nuestros reparos en lo concerniente a la ruina de obras sobre inmuebles que están destinadas a larga duración. Nos explicamos.

En una ponencia de nuestra autoría presentada por ante la Comisión nro. 5 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata sostuvimos la “incaducabilidad” de la obligación de responder por vicios ocultos cuando se demuestre que los vicios provienen de una partida o una serie con defectos de fábrica (64). Fundamos nuestra postura en el hecho de que

1. Los plazos de caducidad establecidos en el art. 1055 del Cód. Civ. y Com. funcionan como una especie de ficción jurídica ya que su fundamento radica en fijar un momento (de 3 años para cosas inmuebles y de 6 meses para cosas muebles) cumplido el cual hace nacer una presunción *iure et de iure* respecto de que cualquier defecto que se exteriorice en las cosas lo son debido al normal uso y a su desgaste.

2. El fin buscado es lógico ya que se pretende evitar las complicadas discusiones (y sobre

(63) BAROCELLI, Sergio S. - ARIAS CÁU, Esteban J., “La obligación de saneamiento en las relaciones de consumo”, *Microjuris*, 26/7/2017, Cita: MJ-DOC-11931-AR | MJ11931.

(64) COLOMBRES, Fernando M., “La ‘incaducabilidad’ de la obligación de responder por vicios ocultos cuando se demuestre que los vicios provienen de una partida o una serie con defectos de fábrica”.

todo la prueba) que podrían suscitarse si luego de pasado un prolongado tiempo de uso de la cosa enajenada, el comprador aduzca que el defecto en la cosa es fruto de un vicio oculto.

3. Ahora bien, existen circunstancias en que esta solución deviene en absolutamente injusta debido a que, sin importar el tiempo en el cual se manifieste el vicio de la cosa, se tiene la certeza de que dicho defecto proviene de un vicio oculto de la misma. Un ejemplo de la situación planteada se da cuando una serie entera de un producto sale con algún defecto de fábrica, muchas veces aceptado expresamente por el fabricante. En estos casos pensamos que el simple paso del tiempo no puede extinguir el derecho del comprador a reclamar por los vicios ocultos del producto adquirido.

4. La solución propiciada por el art. 1055 puede llevar al caso de que, de dos adquirentes de bienes con defectos de fábrica, uno de ellos (al cual el vicio se le manifestó dentro del lapso establecido por la norma) pueda reclamar la garantía mientras que el otro (el cual tuvo la mala fortuna de que el vicio se manifestó fuera del lapso establecido) encuentre su derecho fenecido.

El razonamiento *ut supra* transcrito es perfectamente aplicable al caso de la ruina de obras sobre inmuebles que están destinadas a larga duración, ya que este tipo de obras tienen vocación de perpetuidad. Quien adquiere un

inmueble lo hace convencido de que este durará toda su vida y que luego podrá dejarlo a sus herederos, sin contemplar siquiera la posibilidad de su destrucción por ruina (65).

Está claro que ello no implica que a medida que aparezcan vicios ocultos estos no deben ser cubiertos por la garantía del proveedor (si se encuentran dentro del plazo de prescripción de tres años) o si esos vicios se manifiestan fuera del plazo de prescripción o se trata de defectos propios del uso o del paso del tiempo estos deberán ser subsanados por el adquirente.

Pero la ruina es una cosa más grave y distinta que la de los vicios ocultos, ya que transforman en inútil a la obra, la cual se transforma en algo intuir, con lo cual no puede liberarse al proveedor de responder por que semejante daño se produjo a los 10 años y días. No es justo en semejante tipo de obras y con semejante tipo de inversión.

Por ello sostenemos que, en estos casos, el plazo de caducidad es inaplicable, rigiendo solo el de prescripción, el cual comenzará a correr desde que la ruina es manifiesta.

---

(65) Tengamos en cuenta que existen acueductos realizados en la época del Impero Romano que hasta hace no mucho tiempo funcionaban perfectamente (con mantenimiento y algunas modificaciones), como el de Segovia, el cual llevaba agua al Alcázar.



# Los servicios al consumidor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

CELIA WEINGARTEN (\*)

## I. Introducción

La sanción de la Ley de Defensa del Consumidor, a partir de la ley 24.240 y *a posteriori* con la ley 24.999, así como la reforma constitucional de 1994 han constituido un hito histórico trascendente en la Argentina que ha marcado un camino hacia la consolidación de los derechos de la persona en su rol de consumidor.

Por cierto, los cambios operados en los últimos tiempos tornaban necesario producir nuevas adecuaciones de tal sistema protectorio, y siempre tomando como piso las conquistas ya logradas a través de la doctrina y fundamentalmente de la jurisprudencia recaída a partir de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor con sus posteriores modificaciones.

El anteproyecto de reforma presentado a la comunidad jurídica ha avanzado en cuestiones novedosas como la protección del sobreendeudamiento, los portales de venta *online*, etc., pero simultáneamente se observa un significativo recorte en el régimen de la responsabilidad por daños al consumidor, lo cual va a contramano del desarrollo tecnológico sin precedentes que han producido y producen cada vez más daños.

El presente artículo se referirá al análisis propuesto por Editorial La Ley en torno a los servicios al consumidor, invitación que desde ya agradezco, pues me permite efectuar algunas reflexiones y aportes en relación con el texto proyectado.

## II. Los servicios

### II.1. Modalidades de cumplimiento

El capítulo 8 hace referencia a los “Servicios al consumidor”, y en la sección 1, a los “Aspectos generales”.

En la primera parte del art. 66, se dispone:

“Los servicios a consumidores de todo tipo obligan a quienes los presten a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales haya sido ofrecidos, publicitados o convenidos”.

El texto es prácticamente similar al art. 19 de la ley vigente y no hace más que ratificar el principio general de integridad e identidad del cumplimiento, y coherente con la normación pertinente sobre información y publicidad. En cuanto a los servicios que comprende, son también los mismos que la actual ley, es decir toda clase de servicios a excepción de los profesionales liberales en las condiciones establecidas en el art. 4º del proyecto, y sobre el cual no me extenderé ya que es objeto de análisis en otra parte de esta edición.

### II.2. La responsabilidad por la delegación de los servicios a terceros

Seguidamente, en mismo art. 66 se ha incorporado un párrafo final:

---

(\*) Profesora titular de: Contratos civiles y comerciales (UBA); Derecho del consumidor (UBA); Derecho de la responsabilidad civil. Daños (UCES), y de Análisis económico (UCES). Codirectora de la Carrera de Especialización en Derecho a la Salud y Responsabilidad Médica (UBA) y de los seminarios de doctorado en Derecho del consumidor y responsabilidad médica (UCES).

“Si el proveedor confía en todo o en parte la ejecución de los servicios a terceros será responsable por los vicios de calidad por inadecuación en la actividad de estos últimos”.

Esta incorporación trae algo de confusión por cuanto circunscribe la responsabilidad del proveedor a los “vicios de calidad por inadecuación”, cuando dicha responsabilidad ya está contemplada en el art. 51, capítulo 6, sección 1, del título II que regula los “Vicios de calidad por inadecuación”, y también a continuación en la sección 2ª sobre garantías.

Considero más prolija y clara la metodología de la actual ley o en su defecto trasladar este segundo párrafo al capítulo 6 sobre “Garantías por vicios de calidad por inadecuación”, para evitar una interpretación que lleve a considerarla como una limitación al principio general de cumplimiento y ceñida únicamente a los vicios de inadecuación, lo cual pareciera no ser así.

Los servicios que las empresas proveedoras están obligadas a realizar pueden ser prestadas en forma directa por el proveedor o por intermedio de terceras empresas o personas que, por su especialidad son contratadas por el proveedor. Es una relación de costo o beneficio, ya que, para el proveedor, de realizarlo directamente le significa un costo mayor. Es lo que se denomina “tercerización” de funciones, propio de la economía actual.

Estas personas o empresas son “dependientes” conforme el art. 1753 del Cód. Civ. y Com. que permite imputar al principal los hechos del dependiente, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas, como así también por el principio de equiparación (1) del art. 732 de mismo Código (2).

(1) Art. 1753 Cód. Civ. y Com.— “Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas”.

(2) Art. 732.— Actuación de auxiliares. Principio de equiparación. El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado.

El otro fundamento se vincula con la protección de la confianza y la apariencia generada hacia el usuario, sobre todo cuando se utilizan nombres similares, rótulos, logos, etc. La imagen de uno no se disocia del otro, porque hay una apariencia creada; esa apariencia ampara al consumidor y lo legitima para exigir el cumplimiento de las obligaciones debida por ellas a través de las acciones directas.

Respecto de la responsabilidad, si es solidaria o concurrente, se establece en el art. 51 relativo a “garantía por vicios de calidad por inadecuación” la solidaridad de los proveedores de bienes o servicios, lo que estimo adecuado. Conceptualmente es similar al art. 13 de la actual Ley de Defensa de Consumidor.

### ***II.3. Una preocupante limitación de la responsabilidad***

Obviamente las acciones por vicios de adecuación no excluyen a la acción por daños y perjuicios (y así se lo posibilita en el art. 61 último párrafo del anteproyecto) tendiente a reparar los daños causados ya sea en la persona o en bienes distintos del producto o servicio en sí mismo.

Y aquí nos encontramos con una cuestión por cierto preocupante y es la sustitución del “riesgo o vicio de los bienes y servicios” del actual art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor por el de “producto o servicio defectuoso”. No se trata de una mera cuestión semántica, sino conceptual e ideológica cuyo resultado será la limitación de la responsabilidad y consecuente traslado de riesgos al consumidor.

El concepto de producto o servicio defectuoso, que brinda el anteproyecto en los arts. 110 y 111 (3) es mucho más restringida

(3) Art. 110.— Producto defectuoso. Un producto puede presentar defectos de diseño, fabricación, información o conservación.

Un producto es defectuoso:

1. Si no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y especialmente su presentación, la información que se proporcionó a su respecto, su uso razonablemente previsible y el momento de su puesta en circulación;

2. Si no ofrece la seguridad que normalmente presentan los demás ejemplares de la misma serie. El producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho

pues se excluye al “riesgo de la actividad”, bajo el argumento de que se expone en la fundamentación del anteproyecto, en los siguientes términos: “no están incluidos los daños causados por el ‘riesgo genérico’, porque ellos ya están suficientemente regulados en los arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial de la Nación; y aquí se trata de un régimen especial, que hace responsables a todos los miembros de la cadena de producción o comercialización, sean o no dueños o guardianes del producto o servicio defectuoso por el ‘riesgo genérico’, porque ellos ya están suficientemente regulados en los arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial de la Nación; y aquí se trata de un régimen especial, que hace responsables a todos los miembros de la cadena de producción o comercialización, sean o no dueños o guardianes del producto o servicio defectuoso”.

La remisión a los arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com. es inadecuada pues se establece una limitación en los responsables: dueño y/o guardián, mientras que el art. 40 establece una causa abierta hacia un segmento causal: el proceso de elaboración de un producto o la manufacturación de un servicio, hasta su comercialización. Recordemos la vieja discusión anterior al art. 40 LDC, en torno a cómo superar el escollo que presentaba el anterior art. 1113 del Cód. Civil para hacer responsable al fabricante que no era, al momento del daño, ni dueño ni guardián.

En la sociedad de consumo, la prestación de servicios y la introducción al mercado de bienes debe ser con absoluta seguridad, seguridad que es la contrapartida de la tasa de beneficio o ganancia de las empresas.

En palabras de Jordano Fraga, lo que está unido en la realidad (riesgo y provecho) no

de que posteriormente a su puesta en circulación haya sido colocado en el mercado otro de mejor calidad.

Art. 111.— Servicio defectuoso. Un servicio es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y en especial, el modo de proveerlo, los riesgos previsibles de su realización, el tiempo en que fue suministrado, y la información proporcionada acerca de sus características y los riesgos que representaba.

El servicio no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente se hayan adoptado nuevas técnicas más inocuas para prestar esa clase de servicios.

debe ser separado por el derecho; si esta relación se rompiera, por tolerar la ley que el causante del riesgo y beneficiario de su explotación lo transfiriese a otros, nos encontraríamos con empresas que serían rentables a costa de transferir elementos de su pasivo a la sociedad: empresas económica y socialmente protegidas por un régimen de responsabilidad que recorta su pasivo real a expensas de los sujetos daños (4).

La seguridad es un *principio general del derecho* —garantizado constitucionalmente—, también por el principio de no dañar, y el de inviolabilidad de la persona (art. 51, Cód. Civ. y Com.); la protección que ofrece la actual Ley de Defensa del Consumidor no puede retroceder a fin de no violar el principio de *progresividad* y *no regresividad*, es decir que una vez concedido un derecho no puede ser eliminado (principio que por otra parte es enunciado en el art. 5.1 de la sección 2 del anteproyecto).

En última instancia, el bien jurídico tutelado es la *confianza* que el consumidor deposita en que se le brindara un bien o un servicio eficiente, confiable, seguro y de acuerdo a la expectativa que objetivamente genera (art. 1067, Cód. Civ. y Com.) (5).

La propia definición del anteproyecto alude a un concepto amplio y objetivo al expresar que un “servicio es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que cabría al legitimante esperar” (arts. 111), y lo mismo se hace respecto de los productos; precisamente la seguridad esperable del consumidor es no sufrir ningún daño, sea de un bien o de un servicio defectuoso o riesgoso, es indistinto (6).

(4) JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid 1994.

(5) Art. 1067.— Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.

(6) CS, 26/12/2017, “Arregui, Diego Maximiliano c. Estado Nacional - PFA - y otros s/daños y perjuicios”, Cita Online: AR/JUR/89981/2017. “Que existe una obligación de seguridad a cargo del organizador de un evento, quien debe adoptar las medidas necesarias para que los asistentes no sufran daños derivados de esa participación. Todo organizador de un acto debe tomar en cuenta la

En este escenario debemos sumar la necesidad del consumidor de probar el defecto, el daño y la relación de causalidad (art. 113 del anteproyecto). Precisamente, uno de los problemas más complejos es la prueba del riesgo, vicio o defecto, lo cual conduce, por ser una prueba extremadamente difícil, a sentencias que vacían de contenido al principio de seguridad.

### III. Rescisión del contrato de servicios

El art. 67 del anteproyecto regula lo atinente a la rescisión de los servicios en estos términos:

“Los servicios por plazo determinado podrán ser rescindidos por el consumidor sin derecho del proveedor a exigir preaviso o indemnización alguna.

“En los casos de servicios de plazo indeterminado el consumidor podrá solicitar la baja del servicio en cualquier momento. En los casos de rescisión del mismo realizado por el consumidor, ya sea en forma personal, telefónica, electrónica o similar, queda prohibido el cobro de preaviso, mes adelantado y/o cualquier otro concepto, por parte de los prestadores de estos servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios”.

#### III.1. Clasificación de los servicios a los fines de la rescisión y sus efectos

La norma proyectada ha sintetizado y ampliado los arts. 10 *ter* y 10 *quater*, planteando como novedad dos situaciones:

a) si el contrato es *a plazo determinado* el consumidor puede rescindir sin pago de pre-

---

expectativa razonable que tienen las personas de no ser agredidas o lesionadas; es lo mínimo que se espera de una sociedad organizada en base a principios del estado de derecho”. (Del voto del Dr. Lorenzetti). CNCiv., sala H, 11/6/2018, “D. L., R. y otros c. Fantástico Producciones SA y/o Fantástico SA y otros s/daños y perjuicios”, LL online: AR/JUR/33704/2018. “Entre el espectador y el organizador se celebra un contrato de espectáculo público, y este último al brindarlo al público con fines de lucro, se compromete implícitamente a que nadie sufra daño a causa de ese hecho, en virtud de la cláusula de incolumidad que se entiende incorporada tácitamente a todo contrato en el que la suerte de la persona de uno de los contratantes que satisface una prestación, queda confiada a la otra parte”.

viso o indemnización, lo cual es positivo, para evitar que el proveedor pueda exigir los daños de rescindir anticipadamente a la conclusión del plazo.

b) en los de *plazo indeterminado*, caracterizadas por su continuación en el tiempo, el consumidor goza de la misma facultad, pudiendo dar la baja del servicio en cualquier momento sin cobro de preaviso, mes adelantado y/o cualquier otro concepto.

Respecto del preaviso, a través de esta regulación se supera el obstáculo que representa el art. 1279, Cód. Civ. y Com.(7) que, en materia de servicios continuados por tiempo indeterminado, obliga a las partes a “dar aviso con razonable anticipación”, adecuándose de tal modo a la protección que amerita las relaciones de consumo (8).

Por lo demás, no se advierten diferencias en cuanto a sus efectos jurídicos, aunque queda la duda acerca de si en ambos casos puede utilizarse las mismas formas de manifestación de la rescisión, o solo en los contratos de servicios por tiempo indeterminado. Debería aclararse y resolverse a favor de la amplitud de la libertad de formas.

---

(7) Art. 1279.— Servicios continuados. El contrato de servicios continuados puede pactarse por tiempo determinado. Si nada se ha estipulado, se entiende que lo ha sido por tiempo indeterminado. Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato de duración indeterminada; para ello debe dar preaviso con razonable anticipación.

(8) Ejemplo de servicio indeterminado es el contrato de medicina prepaga, regulado por ley 26.682, cuyo art. 9° establece que “Los usuarios pueden rescindir en cualquier momento el contrato celebrado, sin limitación y sin penalidad alguna, debiendo notificar fehacientemente esta decisión a la otra parte con treinta (30) días de anticipación”. Recientemente, por dec. 66/2019 en el art. 9° se dispone “Art. 9°.— Extinción contractual por rescisión o resolución:

1) Rescisión efectuada por los usuarios:

Los usuarios pueden rescindir en cualquier momento el contrato sin limitación y sin penalidad alguna. Sin perjuicio de ello y a efectos de evitar el ejercicio abusivo de este derecho, el mismo podrá ser ejercido solamente una (1) vez por año. No podrá supeditarse el ejercicio de la facultad de rescisión contractual por el usuario a la previa cancelación de las sumas adeudadas a las entidades comprendidas en el artículo 1° de la presente Reglamentación”.

Por último, siendo una norma de orden público, resulta de tal modo abusiva toda cláusula contractual que disponga el cobro de una suma de dinero ante la solicitud de la baja del servicio (9).

### III.2. Forma de la rescisión

En cuanto al modo de expresar la rescisión se consagra, la libertad de formas pudiendo ser

(9) CCiv. y Com., Azul, sala II, 28/08/2018, "O., M. del R. c. AMX Argentina (Claro) SA s/daños y perjuicios", LL online: AR/JUR/46959/2018: Una cliente de una empresa de telefonía promovió acción de daños contra esta por incumplimiento contractual, con fundamento en la Ley de Defensa del Consumidor. Relató que, al intentar dar de baja el servicio, la demandada había pretendido el cobro de créditos improcedentes, sometiéndolo a un trato humillante. La sentencia admitió el reclamo. "La demandada recurrente soslaya la prohibición expresa que regía entonces ya que la resolución 26/2003 de esa Secretaría disponía que eran entre otras, cláusulas abusivas, las que de 'cualquier manera condicionan el ejercicio de los derechos del consumidor', 'supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual por el consumidor a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor' (arts. a), e), puntos I y II, f), h). Por consiguiente, la conducta negocial de Claro resultó ilícita (conf. CENTANARO, Ivana C., "Baja del servicio en las relaciones de consumo, modalidad prevista por la resolución 316/2018 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción de la Nación", en MJDI3610). Así se pronunció la jurisprudencia al expresar que "la cláusula encierra una restricción al derecho del consumidor pues si bien la empresa no cobra el cargo de bonificación, si por cualquier causa el contrato se extingue antes del año, el pago del cargo se hace exigible por medio de porcentajes. Este criterio y sus razones, en particular su relación con el cargo bonificado, no surgen de modo explícito y, además, esa cláusula no supera el test de razonabilidad que exige el orden jurídico vigente. Claro no demostró que para dar de baja al servicio telefónico actuó de modo razonable, previsible y regular conforme la pauta de comportamiento que fluye del *standard* de 'buen proveedor profesional', que debe asegurar y garantizar condiciones y trato digno a los consumidores y usuarios (arts. 729 y 1097, Cód. Civ. y Com.), en el trípede de la confianza del consumidor en las marcas y productos que elige y adquiere, buena fe negocial y expectativa de cumplimiento porque el proveedor está en mejores condiciones fácticas y jurídicas de organizar la prestación eficaz del servicio (arts. 9º, 10, 11, 12, 1061, 1062, 1066, 1067, 1094, 1095, 1119, 1120, 1121, 1122; arts. 3, 2º párr., *in fine*, 8º, 19, 37 incs. a) y b) y 53 LDC). La demandada, por el contrario, asumió en el proceso una conducta reticente y de falta de colaboración, lo que fortifica que deba recaer sobre ella la carga de la prueba de la eximente: la legitimidad de todo el trámite que impuso a la actora para dar de baja el servicio telefónico".

a través de cualquier medio "personal, telefónica, electrónica".

En este punto se ha mejorado sustancialmente el contenido de la ley actual ya que deja a elección del consumidor la vía en que comunicará su voluntad de rescindir, independientemente de si el contrato se formalizó en forma personal, telefónica o electrónica, mientras que en el art. 10 *ter* (10) actual queda condicionada a la forma en que contrató, lo cual obstaculiza su desvinculación, así, por ejemplo, si contrata en forma personal no puede luego rescindir por vía electrónica. El texto proyectado supera esta falencia.

El art. 67 del anteproyecto antes mencionado se refiere únicamente a la rescisión, pero nada dice acerca de otras formas de extinción contractual, como la resolución por incumplimiento del proveedor. Si bien la resolución tiene su tratamiento en el art. 50, allí se establece como opción: "Resolver el contrato mediante la notificación fehaciente de su voluntad extintiva", con lo cual queda la duda de si los medios extintivos previstos para la rescisión (personal, telefónica, electrónica o similar), aplica también para la resolución o, por el contrario, queda atado a las formalidades exigidas por el Código Civil y Comercial. Convendría aclarar este punto, para evitar disímiles interpretaciones.

### III.3. Prueba

Un aspecto pendiente es lo atinente a la prueba de la manifestación de la voluntad de rescindir.

El vigente art. 10 *ter* de la ley 24.240 establece que "La empresa receptora del pedido de rescisión del servicio deberá enviar sin cargo al domicilio del consumidor o usuario una constancia fehaciente dentro de las setenta y dos (72) horas posteriores a la recepción del pedido de rescisión. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la

(10) Art. 10 *ter*.— Modos de rescisión. Cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación.

empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario”.

Esto no se ve reproducido en el anteproyecto, aunque un texto muy similar se encuentra incorporado en el capítulo 9, sobre contratación a distancia, cuyo art. 76 (11) que regula lo concerniente a la rescisión por medio electrónico, en la que se impone al proveedor *de servicios* “dentro de las 24 (veinticuatro) horas subsiguientes y por el mismo medio telefónico o electrónico, deberá informar al consumidor el número de código de identificación o registración de la baja solicitada...”. Sería conveniente unificar un mismo mecanismo para todos los casos en que el consumidor opta por rescindir.

Sin perjuicio de ello, resultaría útil que además de la obligación legal del proveedor en enviar la constancia de recepción, se arbitren otros medios como el existente actualmente en materia de telefonía fija y móvil, servicios de acceso a Internet, televisión satelital y por cable (12), al establecer que los proveedores de los servicios en cuestión deberán tener, a simple vista y en el primer acceso, el *link* mediante el cual el consumidor podrá solicitar la baja del servicio contratado.

De más está decir que el consumidor siempre puede hacer valer, en caso de duda, la constan-

(11) Art. 76.— Rescisión por medio electrónico. Cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación u otro disponible.

A partir de la solicitud de rescisión, el proveedor de servicios dentro de las 24 (veinticuatro) horas subsiguientes y por el mismo medio telefónico o electrónico, deberá informar al consumidor el número de código de identificación o registración de la baja solicitada. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario.

(12) Res. 316/2018, art. 1º.— Baja de servicios. Establécese que los proveedores de servicios que posean páginas web y cuya actividad económica se encuentra enumerada en el anexo que, como *IF-2018-22202215-APN-DNDC#MP*, forma parte integrante de la presente resolución, deberán tener, a simple vista y en el primer acceso, el *link* mediante el cual el consumidor podrá solicitar la baja del servicio contratado, en los términos del art. 10 *ter* de la ley 24.240.

cia de la emisión de la rescisión, en razón de que uno de los problemas de los medios informáticos es precisamente la negativa que puede efectuar la empresa de la recepción (como práctica abusiva) debiendo imperar la interpretación pro-consumidor.

#### IV. Servicios de reparación

##### IV.1. *Materiales a utilizar*

La primera parte del art. 68 dice:

“En los contratos de servicios cuyo objeto sea la reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar, se entiende implícita la obligación a cargo del prestador del servicio de emplear materiales o productos nuevos originales y adecuados o que mantengan las especificaciones técnicas del fabricante, salvo que, respecto de estos últimos, no hubiera autorización expresa por parte del consumidor.

“Se entenderá por materiales adecuados aquellos nuevos adaptados a la cosa de que se trate”.

Básicamente se reproduce el actual texto del art. 20, pero con las siguientes incorporaciones aclaratorias:

- Los productos deben ser “nuevos originales y adecuados o que mantengan las especificaciones técnicas del fabricante, salvo que, respecto de estos últimos no hubiera autorización expresa por parte del consumidor”.

- Entendiéndose por productos adecuados “aquellos nuevos adaptados a la cosa de que se trate”.

Estas incorporaciones resultan beneficiosas para los consumidores, pues permite erradicar prácticas frecuentes consistentes en la utilización de materiales o productos usados sin cumplir el previo deber de información.

##### IV.2. *Pacto en contrario respecto de materiales e insumos a utilizar*

Luego, en el segundo párrafo, se admite pacto en contrario:

“El pacto por el que se acepta de manera expresa que los materiales o productos a emplear,

no son nuevos, deberá ser redactado en forma clara, destacada y notoria. Este pacto tiene sus límites en las normas de orden público que garantizan la seguridad de los consumidores”.

Al texto actualmente vigente (art. 20) se le incorpora la frase “deberá ser redactado en forma clara, destacada y notoria” —cuyo antecedente es el dec. 1798/1994 reglamentario de la ley 24.240—. No obstante ello, no debe perderse de vista que no estamos frente a un contrato paritario, con lo cual no puede haber pacto, sino un asentimiento y como tal, debe venir acompañado de toda la información pertinente. Coincido con Moeremans - Casas (13) en que el proveedor debe explicitar y acreditar las razones por las que no le es posible valerse de materiales nuevos, explicando de manera detallada las consecuencias distintas que puede traer consigo el uso de ellos en la prestación del servicio.

## V. El presupuesto

En el art. 69 se establecen los requisitos mínimos del presupuesto:

“Presupuesto. En los supuestos contemplados en el artículo anterior, el prestador del servicio debe extender un presupuesto que contenga como mínimo los siguientes datos:

“1. Nombre, domicilio y otros datos de identificación del prestador del servicio;

“2. La descripción del trabajo a realizar y de los materiales a emplear;

“3. Los precios de éstos y la mano de obra;

“4. El tiempo en que se realizará el trabajo;

“5. El plazo para la aceptación del presupuesto;

“6. Los números de inscripción en la Dirección General Impositiva y en el Sistema Previsional”.

(13) MOEREMANS, Daniel - CASAS GONZALO, Manuel, en *Ley de Defensa del Consumidor comentada y editada*, PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 244. En sentido similar, “debe ser interpretado de manera restrictiva para no desproteger al consumidor”; CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, t. 1, p. 470, 2016.

El texto no difiere del actual art. 21 a excepción de que se ha eliminado el inc. f): “Si otorga o no garantía y en su caso, el alcance y duración de ésta”.

La cuestión relativa a si se otorga o no garantía, ha generado disímiles posturas doctrinarias. Hay quienes opinan que se trata de un error de la actual ley 24.240 ya que la garantía debiera ser siempre otorgada al consumidor (14). El otro fundamento es que en el art. 23 se permite al proveedor liberarse del deber de garantía por pacto escrito en contrario, más allá de que la solución adoptada —pacto en contrario— desprotege los derechos de los usuarios (15).

Una última postura sostiene que los servicios de *reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar*, del actual art. 20 LDC carecen de garantía (16) no obstante lo cual ningún daño se le produciría al consumidor ya que aun tendría la garantía del art. 11 LDC. Se trata de una garantía facultativa que las partes pueden acordarla o no, y también en virtud de la garantía del art. 23 por deficiencia en la prestación del servicio por un plazo de 30 días de concluido el servicio.

El anteproyecto ha zanjado la cuestión al inclinarse por la exclusión de la garantía en este tipo de servicios, salvo lo previsto en el art. 57 del anteproyecto respecto de la deficiencia en la prestación del servicio que tiene un plazo de 30 días desde la fecha en que concluyó el servicio (17).

(14) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor...*, cit., La Ley, Buenos Aires, 2016, t. 1, p. 472.

(15) WAJNTRUB, Javier H., “Análisis exegético de la ley”, en MOSSET ITURRASPE Jorge - WAJNTRAUB, Javier H, p. 154, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

(16) MOEREMANS Daniel - CASAS GONZALO, *Ley de Defensa del Consumidor*, cit., p. 256.

(17) Esta garantía es reproducida en el art. 57 del anteproyecto: “Garantía por deficiencias en el servicio prestado. Si dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que concluyó el servicio se evidenciaren deficiencias o defectos en el trabajo realizado, el prestador del servicio estará obligado a corregir todas las deficiencias o defectos o a reformar o a reemplazar los materiales y productos utilizados sin costo adicional de ningún tipo para el consumidor. Se considera que el plazo comienza a correr desde que concluyó la pres-

## VI. Supuestos no incluidos en el presupuesto

Se reproduce el actual art. 22, con un último agregado:

“Todo servicio, tarea o empleo material o costo adicional, que se evidencie como necesario durante la prestación del servicio y que por su naturaleza o características no pudo ser incluido en el presupuesto original, deberá ser informado al consumidor antes de su realización o utilización”.

Se trata de una aplicación del deber de información en su fase dinámica; obviamente que dicha comunicación deberá ser por medio fehaciente y esta a cargo del proveedor la prueba. Deberá cumplimentarse antes de su “realización o utilización” a efectos de que el consumidor pueda constatar y determinar su posición fáctico-jurídica.

Luego se establece la excepción para la realización del servicio no incluido o su costo adicional:

“Queda exceptuado de esta obligación el prestador del servicio que, por la naturaleza del mismo, no pueda interrumpirlo sin afectar su calidad o sin daño para las cosas del consumidor.

El consumidor podrá eximir al prestador del servicio de la obligación de comunicarle previamente la realización de tareas o utilización de materiales no incluidos en el presupuesto”.

Agregando el anteproyecto en un último párrafo:

“En este caso, el consumidor manifestará su voluntad en forma expresa y, salvo imposibilidad, escribiendo de su puño y letra la cláusula respectiva”.

tación del servicio. Cuando por las características del caso no fuere posible comprobar la eficacia del servicio inmediatamente de finalizado, el mismo comenzará a correr desde que se den las condiciones en que aquélla pueda constatare”.

Una primera reflexión es que el proveedor es quien debe probar que “por la naturaleza (alude a la reparación y al objeto) del mismo, no pudo ser interrumpido (la continuidad en la reparación) sin afectar su calidad o sin daño para las cosas”, y en consecuencia su imposibilidad en informar al consumidor para así ejercer sus derechos. La falta de información trae como consecuencia una presunción a favor del consumidor.

Esta norma debe ser integrada con el art. 1264 del Cód. Civ. y Com. para la locación de obra que establece el procedimiento a seguir en caso de modificaciones al proyecto que no pudieron ser previstas al momento de la contratación y la necesidad de que sean comunicadas inmediatamente con indicación de su costo estimado (18).

En cuanto a la posibilidad de eximir al proveedor de su obligación en forma anticipada mediante pacto escrito, podría ser tachada de abusiva (art. 37, LDC) y confiere un *bill* de indemnidad para realizar un servicio y cobrar un precio adicional por tareas que no revisten el carácter de urgente ni impostergables, y que el consumidor luego se verá forzado a pagar (19).

(18) Art. 1264.— “Variaciones del proyecto convenido. Cualquiera sea el sistema de contratación, el contratista no puede variar el proyecto ya aceptado sin autorización escrita del comitente, excepto que las modificaciones sean necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte y no hubiesen podido ser previstas al momento de la contratación; la necesidad de tales modificaciones debe ser comunicada inmediatamente al comitente con indicación de su costo estimado. Si las variaciones implican un aumento superior a la quinta parte del precio pactado, el comitente puede extinguirlo comunicando su decisión dentro del plazo de diez días de haber conocido la necesidad de la modificación y su costo estimado.

“El comitente puede introducir variantes al proyecto siempre que no impliquen cambiar sustancialmente la naturaleza de la obra”.

(19) Difícil es imaginar cómo en la era tecnológica no le sea posible al proveedor cumplir con la información correspondiente, como así también que tipo de servicios técnicos de reparación no puedan ser interrumpidos sin daño, lo que hace que sean escasísimos los casos que se pudieran presentar.



**CRÉDITO PARA EL CONSUMO Y TUTELA  
FRENTE AL SOBREENDEUDAMIENTO**  
.....



# El crédito para el consumo y tutela frente al sobreendeudamiento en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. La regulación de obligaciones cambiarias conexas

---

FRANCISCO JUNYENT BAS (\*)

## I. Introducción

### 1.1. *Hacia un nuevo Estatuto del Consumidor*

En este ensayo, abordaremos el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, cuya elaboración fuera encomendada el año próximo pasado desde la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor dependiente del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, y luego articulada con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco del Programa “Justicia 2020”, y que fuera redactada por los especialistas Carlos Hernández, Gabriel

Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D’Archivio, María Belén Japaze, Leonardo Lepíscopo, Federico Ossola, Sebastián Picasso, Gonzalo Sozzo, Carlos Eduardo Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Wajntraub.

En nuestro caso, nos ocuparemos específicamente de los arts. 77 a 96, que regulan el crédito al consumo y protección al sobreendeudamiento.

Antes de introducirnos en el estudio puntual del articulado nos interesa resaltar que el anteproyecto consta de 6 títulos “Sistema de protección del consumidor” (I); “Protección contractual del consumidor” (II); “Usuarios de servicios públicos domiciliarios” (III); “Daños al consumidor. Prevención del daño, responsabilidad y sanción punitiva” (IV); “Diseño institucional” (V); y “Disposiciones finales” (VI). Que dichos títulos se subdividen en capítulos abarcando de este modo todo lo relativo a la protección del consumidor y a los principios aplicables a este estatuto.

La Comisión redactora del anteproyecto puntualiza que la metodología de articulación del anteproyecto tiene los siguientes objetivos:

- Busca construir una teoría general, ordenando los elementos centrales del “Sistema de protección del consumidor” —relación de consumo, principios, derechos, deberes y diálogo de fuentes—, para luego ingresar a aquellos ejes

---

(\*) Doctor Honoris Causa de la Universidad San Pablo Tucumán. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la UNC con tesis sobresaliente. Profesor Titular Plenario de Derecho Concursal en la UNC. Profesor Encargado de la Materia Derecho del Consumo en la UNC. Profesor de posgrado de diversas universidades del país. Premio Academia Nacional de Derecho de Córdoba 1998. Miembro de la Comisión Reformadora de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras en materia de sobreendeudamiento del consumidor y microempresa, por resolución del Ministerio de Justicia de la Nación de fecha 22/5/2015. Autor de 25 libros. Autor de más de 500 artículos en diversas revistas especializadas. Disertante en más de 350 conferencias en diversas universidades e instituciones jurídicas. Ex juez Concursal de la Ciudad de Córdoba. Ex fiscal de Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba. Ex director del Instituto de Estudios de la Magistratura de la Asociación de Magistrados de la Provincia de Córdoba. Ex director del Departamento de Derecho Comercial Fac. de Derecho UNC. Director del Semanario Jurídico de Comercio y Justicia. Investigador Categoría 1 por la CONEAU en el ámbito universitario.

que hacen a la transversalidad del Derecho del Consumidor, como el régimen de los contratos, los servicios públicos domiciliarios, los daños y la tutela procesal y administrativa.

- Propende a articular reglas y principios, a fin de responder a la complejidad del siglo XXI, caracterizado por la globalización, la revolución tecnológica y la flexibilidad de las instituciones y de los paradigmas. En este sentido, la propuesta se encuentra claramente en línea con el modelo emergente del Cód. Civ. y Com., elaborado a partir del Anteproyecto de 2012 por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, y coordinada por el Dr. Federico De Lorenzo.

## *1.2. Los cimientos del derecho del consumidor*

Tal como lo destaca la Comisión Redactora del Anteproyecto de LDC el Estatuto del Consumidor se fue construyendo como un “sistema” que, en cuanto derecho privado, sin ser ni derecho comercial ni derecho civil exclusivamente, toma lugar entre ambos, con carácter interdisciplinario o multidisciplinario, y articulado sobre una pluralidad de regulaciones.

Alegria y Alterini (1) afirman que el derecho del consumidor cruza transversalmente el sistema, sus principios son prevalentes (art. 3º, ley 24.240, hoy reflejado en los arts. 6º y 28 del Anteproyecto), y tiene la energía de la legislación de orden público (art. 65, ley 24.240, hoy art. 5º del Anteproyecto); el denominado orden público económico de protección, que tiende a resguardar a una de las partes así como a mantener el equilibrio interno del contrato, fijando a tal fin “un mínimo y un máximo de protección”.

El nuevo esquema normativo abarca genéricamente a las relaciones de consumo, excediendo el concepto estricto del contrato (art. 3º, ley 24.240 hoy art. 1 al 4 del Anteproyecto), e incorporando al subconsumidor o consumidor particularmente frágil (art. 1º).

Esta regulación se integra, tal como lo dice la Comisión Redactora con el Código Civil y Comer-

cial, en los arts. 1092 a 1121, en los que se regula la relación de consumo y el contrato de consumo.

De tal forma, una de las cuestiones más complejas que se visualiza lo constituye la nueva articulación de los principios y reglas del ordenamiento jurídico, y cómo queda estructurado el sistema del derecho civil y comercial ante la irrupción expansiva de las relaciones de consumo, aspecto que resulta asumido en el nuevo Anteproyecto en forma expresa.

Los objetivos de los sistemas legales de protección de los consumidores tienen su origen en la necesidad de corregir los desequilibrios del mercado, entre los consumidores y sus proveedores. Este objetivo se cumple a través de una serie de principios y normas, generalmente contenidas en la LDC, pero que deben integrarse con todo el ordenamiento jurídico, tal como lo pone de relieve en forma puntual la nueva regulación de los principios contenida en los arts. 5 y 6 del nuevo Anteproyecto.

De tal modo, las disposiciones de la LDC, se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular con la de Defensa de la Competencia, ley 25.156 y con la de Lealtad Comercial, ley 22.802, o las que en el futuro las reemplacen, lo que fue ratificado con la manda del art. 1 del Cód. Civ. y Com.: el denominado “diálogo de fuentes” y que hoy se refleja con meridiana claridad en el art. 28 del texto proyectado.

En definitiva, el derecho del consumidor queda conformado por la integración normativa de la Constitución Nacional (art. 42), el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 7º, 1092 a 1121 principalmente y específicamente en materia de contratos bancarios de consumo, arts. 1384-1389), la ley 24.240 y demás modificatorias y leyes complementarias nacionales, provinciales y municipales.

En este sentido se ha dicho que “La mutación del sistema de principios y valores del ordenamiento en su cúspide y la consiguiente primacía de la persona y sus intereses más cercanos al núcleo de la personalidad, constituyen —junto con otros principios constitucionales (el sistema republicano de gobierno, la forma de vida democrática, la igualdad sustancial

(1) ALTERINI, A. - ALEGRÍA, H., “Unificación sustancial del derecho civil y del derecho comercial”, LL del 4/11/2011, p. 1.

ante la ley)— los pilares centrales del plan político del Estado, constituyéndose en principios informadores de todo el ordenamiento jurídico y, desde luego, del derecho privado (2).

La transformación es muy profunda.

Una vez delineada la estructura del Estatuto del Consumidor, nos introducimos en el análisis de los artículos que reglan el crédito para el consumo y el sobreendeudamiento

## II. Operaciones de crédito para consumo

### II.1. Marco normativo

El tema que nos ocupa se ubica como capítulo décimo, del título segundo “Protección contractual del consumidor” y lleva como nombre “Crédito para el consumo y tutela frente al sobreendeudamiento. Obligaciones cambiarias conexas”.

El ordenamiento aludido comienza con el art. 77 en donde se define a las operaciones de crédito para consumo expresándose que “Cualquiera sea la modalidad de la operatoria, el crédito para el consumo se entiende configurado cuando un proveedor, en ejercicio de su actividad, concede al consumidor un préstamo dinerario para la adquisición de bienes o la prestación de servicios como destinatario final.

“Las disposiciones de este capítulo se aplican asimismo, a los supuestos en los que el propio proveedor ofrece financiación del precio de los bienes o los servicios que comercializa. El

---

(2) En lo que acá interesa, se ha de concluir en la existencia de nuevos órdenes jurídicos —entre ellos el nuestro— que reconocen en la persona humana una cualidad que la distingue del resto de los seres vivos: se es persona por detentar un sentido ético, con un valor en sí mismo que es preexistente a las leyes positivas y que contiene una particular dignidad. Así considerada, esta no se presenta como un derecho, sino como una calidad “inherente” o “intrínseca” al hombre, cuyo reconocimiento exige la igualdad entre todos los hombres a través de un igual reconocimiento de derechos fundamentales inalienables. La “dignitas”, de ese modo, es el fundamento último de los derechos fundamentales: es el modo de ser del hombre —su “hominidad”— lo que constituye el título, fundamento y justificación de esos derechos “lo establezca o no la legislación positiva y aún en contra de ella”. TOBIAS, José W., *Persona y mercado*, en *Supl. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* del 28/2/2012, p. 1; LL 2012-B-632; DFyP 2012 (abril), p. 185.

Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, con lo indicado en la presente ley”.

El articulado refleja las modalidades de negocios que ya se encuentran tuteladas en el actual art. 36 de la ley 24.240 cuando bajo el título genérico de “Operaciones de venta de crédito” expresa que son aquellas donde existe una operación financiera para consumo y/o un crédito a esos fines.

### II.2. Los tipos de operatoria

La regulación contenida en el art. 77 había sido reconocida por Anchával(3) al explicar que existen tres formas de ventas de crédito al que puede acceder el consumidor, a saber:

- Cuando el consumidor ha celebrado con el vendedor una venta a plazos, instrumentando cada uno de los plazos pendientes de pago en títulos valores.
- Cuando el consumidor ha celebrado dos contratos distintos y con dos sujetos distintos: de consumo con el proveedor y de crédito con el prestamista, y luego utiliza el préstamo para pagar los bienes o servicios de la compraventa.
- Cuando los proveedores de crédito para el consumo instrumentan préstamos mediante la firma de un pagaré.

Tal como destacan Gómez Leo y Aicega(4), existen tres tipos de crédito para el consumo, el que otorga el propio proveedor del bien o servicio (empresa de electrodomésticos, vestimenta, concesionaria, etc.); el que puede otorgar cualquier tercero (prestamistas en general, sea o no una entidad financiera), y el que conceden las

---

(3) ANCHÁVAL, Hugo, *Insolvencia del consumidor. Sobreendeudamiento de personas físicas*, Buenos Aires, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 100; JAPAZE, María Belén, *Sobreendeudamiento del consumidor. Remedios preventivos y de saneamiento*, Advocatus, Córdoba, 2017; ÁLVAREZ LARRONDO - Federico (dir.), RODRÍGUEZ, M. Gonzalo (coord.), en *Manual de derecho del consumidor*, Erreius, Buenos Aires, 2017.

(4) GÓMEZ LEO, Osvaldo R. - AICEGA, María V., “Las reformas a la ley de defensa del consumidor”, JA 2008-III-1353.

entidades financieras, mediante el sistema de tarjetas de crédito.

De todo lo dicho se sigue que, ante este panorama, el consumidor que realiza una adquisición a crédito —del tipo que fuere— puede sufrir desde el acuerdo y hasta el efectivo cumplimiento de las diversas prestaciones y su liberación, diversas vicisitudes que requieren de una tutela especial ante el desequilibrio que existe entre las partes de la relación de consumo.

Tal como lo explica la doctrina<sup>(5)</sup> en la Argentina existe un mercado de préstamos periféricos o “subprime” fuera del alcance del poder de policía estatal, en el que se exigen escasos requisitos y como contrapartida se aplican elevadas tasas de interés. Esta clase de endeudamiento muchas veces no es sostenible para las personas y las coloca en situaciones críticas en cuanto a su subsistencia. Son factores de esa irresponsabilidad en la financiación: la inducción al consumo a crédito, las prácticas abusivas en los contratos y la falta de análisis respecto de la capacidad económica de los prestatarios.

En este sentido, no puede soslayarse que no solo el deudor, sino también el acreedor debe obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe, art. 729, Cód. Civ. y Com.

Es conveniente recordar, que el mandato constitucional de protección de los derechos del consumidor y de sus intereses económicos, art. 42 CN, no es compatible con la concesión de crédito de forma compulsiva y bajo condiciones usurarias; todo lo cual exige medidas de prevención del sobreendeudamiento y de los efectos sistémicos de la concesión de préstamos irresponsables, así como un régimen de responsabilidad que contenga sanciones, además de administrativas, de derecho privado.

Con este propósito se articuló el art. 36 de la LDC, que a pesar de no tratarse de una norma que regule de manera íntegra la problemática planteada, impone al proveedor un deber de información “calificado” a fin de resguardar al

(5) SANCHEZ CANNAVÓ, Sebastián, “Responsabilidad del concedente de crédito por sobreendeudamiento del consumidor”, LL del 7/2/2019.

consumidor y le concede ciertos derechos especiales en las operaciones de venta a crédito.

El anteproyecto recibe este tipo de operatoria en el art. 77 que refiere expresamente al crédito para el consumo al establecer “...Cuando el proveedor concede al consumidor un préstamo dinerario para la adquisición de bienes, o la prestación de servicios” y, en segundo lugar, cuando la norma agrega que comprende también “... Los casos en que se ofrece financiación de dichos bienes o servicios por parte del proveedor”.

En una palabra, el art. 77 logra una amplitud adecuada a la realidad de los créditos para el consumo al expresar puntualmente que el capítulo regula aquellas transacciones “cualquiera sea la modalidad de operatoria” que implique un crédito para el consumo, pasando a describir las dos alternativas clásicas, reconocidas por la doctrina<sup>(6)</sup> y la jurisprudencia<sup>(7)</sup>.

En esta línea, en los fundamentos del anteproyecto de ley los redactores expresan que para abordar integralmente la problemática del crédito para consumo se consagra un catálogo de presunciones legales *iuris tantum* de existencia de contratos de crédito para el consumo que pueden acudir en auxilio del intérprete al momento de resolver los litigios sobre la marcha.

### II.3. Las presunciones legales

#### II.3.1. El texto proyectado

En este aspecto el art. 78 es fundamental cuando señala que “Se presume, salvo prueba en contrario, que son contratos de crédito para consumo aquellos que generen obligaciones de dar dinero a deudores que sean personas humanas, cualquiera sea la modalidad con que se instrumente el otorgamiento del crédito dinerario:

“1. Cuando el acreedor se dedique al comercio minorista de bienes y servicios como única actividad, registrada o no ante la AFIP, cualquiera sea el monto del crédito;

(6) ANCHÁVAL, Hugo, *Insolvencia del consumidor...*, cit., p. 100

(7) CCiv. y Com., Mar del Plata, sala III, 17/10/2011, “BBVA. Banco Francés S.A. c. Nicoletto, Marcelo Andrés s/cobro ejecutivo”, reg. 191.

“2. Cuando el acreedor se dedique, entre otras actividades, al comercio minorista de bienes y servicios, y el monto del crédito dinerario sea inferior al equivalente a 5 (cinco) veces el Salario Mínimo, Vital y Móvil, vigente al tiempo de la celebración del contrato;

“3. Cuando el acreedor se dedique al otorgamiento de créditos dinerarios para el consumo como única actividad registrada ante la AFIP;

“4. Cuando el acreedor se dedique, entre otras actividades, al otorgamiento de crédito de dinero para el consumo, y el monto del crédito dinerario sea inferior al equivalente a 5 (cinco) veces el Salario Mínimo, Vital y Móvil, vigente al tiempo del perfeccionamiento del contrato;

“5. Cuando el acreedor, sin estar registrado, desarrolle como actividad habitual el otorgamiento de créditos dinerarios, y cuyo monto sea inferior al equivalente a 5 (cinco) veces el Salario Mínimo, Vital y Móvil, vigente al tiempo de celebración del contrato. La habitualidad se presume si se acredita la existencia de, al menos, 20 (veinte) causas judiciales promovidas por el mismo acreedor en la Provincia en que se ha iniciado el proceso judicial en contra del deudor, o en la CABA. Esta circunstancia podrá ser verificada de oficio por el juez.

“6. Respecto a las Asociaciones Mutuales, Cooperativas y personas jurídicas sin fines de lucro, cualquiera sea el monto del crédito, si en el contrato se han pactado intereses compensatorios o lucrativos.

“Lo establecido en este artículo no obsta a que, si el deudor no se encuentra comprendido en las presunciones aquí consagradas, pueda acreditar la existencia de una relación de consumo”.

### *II.3.2. Régimen presuncional*

El largo articulado, en rigor, se centra en directivas fundamentales y el último párrafo habilita, más allá del régimen presuncional, la acreditación de la relación de consumo, por cualquier medio de prueba.

- En primer lugar, cabe señalar que el inciso primero es clave cuando refiere como operatoria de consumo “al comercio minorista de bienes y servicios como única actividad, registrado o no

ante el AFIP, cualquiera sea el monto de crédito”. Dicho derechamente, en el comercio minorista las operaciones se presumen de consumo.

El estatuto relacionado también incluye como operatoria de consumo aquellos casos en que el acreedor realice otro tipo de actividades y no solo comercio minorista, pero acota la presunción a que el crédito dinerario sea inferior a 5 (cinco) veces el salario mínimo, vital y móvil, aspecto este último altamente opinable.

En efecto, los proveedores pueden dedicarse a diversas actividades y no solo a la comercialización minorista y no por eso la relación de consumo debe quedar acotada en el monto de crédito; basta pensar el precio actual de electrodomésticos como heladeras, televisores, cuyo precio en general puede superar los 5 salarios mínimos y que son operatorias de consumo idénticas a cuando se compra un celular que no llega a ese precio. En una palabra, no se entiende por qué la presunción queda acotada por el monto de crédito cuando lo relevante es que el comprador y/o adquiriente consumidor sea “destinatario final” es decir, adquiere el bien para su uso.

- En segundo lugar, otra directiva central es la que establece como presunción los casos en que el acreedor se dedica al otorgamiento de créditos dinerarios para el consumo, como única actividad registrada ante el AFIP.

- En tercer lugar, los otros incisos vuelven a limitar las presunciones, en caso de otorgamiento de créditos, a la par de otras actividades, al monto de crédito, aspecto que ya hemos cuestionado pues, lo que califica la relación de consumo es “el cierre del circuito económico” y no la cuantía de la operación.

En este aspecto, es importante el inc. 5º (quinto) cuando se predica como presunción la actividad habitual en el otorgamiento de créditos dinerarios y se expresan que dicha habitualidad se presume si se acreditan la existencia de 20 (veinte) causas judiciales en la misma provincia si se ha demandado, aspecto que puede ser verificado por el juez.

Este caso, es muy común, al menos en el interior del país donde los prestamistas son perso-

nas particulares y no entidades financieras y al no estar registrados en la AFIP pretenden eludir la existencia de la relación de consumo. Por ello, la presunción establece con claridad que cuando la operatoria es habitual se presume que se está frente a una relación de consumo.

- En cuarto lugar, no podemos dejar de reconocer también, la exactitud y realidad de la presunción contenida en el art. 6° (sexto) cuando establece que las mutuales, cooperativas y personas jurídicas sin fines de lucro, cualquiera sea el monto del crédito, son proveedoras de una relación de consumo, si en el contrato se han pactado intereses y esto es así porque es muy común que este tipo de entidades pretenda escudarse bajo el ropaje del acto “Mutualista o Cooperativista” para negar la relación de consumo evidente que surge del préstamo otorgado.

- Por último, ya señalamos que el artículo no tiene un elenco taxativo pues el deudor puede acreditar una existencia de relación de consumo, aunque no se configuren las presunciones regladas.

### III. Del principio de información a la obligación de consejo

#### III.1. Préstamos responsables

Art. 79.— *Principio de préstamo responsable.* Los proveedores de crédito, en cualquiera de las modalidades de otorgamiento, deberán ajustar su actividad al principio de préstamo responsable.

“En cumplimiento del citado principio, deberán observar, entre otros, los siguientes deberes:

“1. Indagar acerca de las necesidades concretas del consumidor y sobre su capacidad de reembolso;

“2. Asesorar y aconsejar adecuadamente la toma del empréstito o la financiación, conforme las opciones disponibles;

“3. Advertir sobre los alcances del compromiso patrimonial derivado de la operatoria, en consideración de los recursos existentes para afrontarlos;

“4. Evaluar los antecedentes crediticios y la solvencia patrimonial del consumidor a partir de otras fuentes disponibles, evitando decisiones que resulten de aplicar métodos exclusivamente automatizados;

“5. Informar el resultado de la evaluación al interesado, con indicación de la fuente consultada;

“6. Decidir fundadamente el otorgamiento o la denegatoria del crédito y comunicarlo de modo fehaciente al consumidor;

“7. Adoptar cualquier medida que contribuya a la prevención del sobreendeudamiento o, en su caso, abstenerse de desplegar cualquier práctica que estimule el endeudamiento excesivo del consumidor.

“Los riesgos y costes derivados de una financiación o de préstamos acordados en infracción al principio mencionado en el presente artículo, serán soportados total o parcialmente por los proveedores o intermediarios de crédito”.

El anteproyecto regula en el texto referenciado una obligación fundamental de los proveedores de créditos cualquiera sea la modalidad de otorgamiento estableciendo lo que denomina “principio de préstamo responsable”.

Así, obliga a indagar acerca de las necesidades concretas del consumidor y su capacidad de reembolso; agregando que se debe asesorar y aconsejar adecuadamente la toma del crédito o la financiación conforme a las opciones disponibles.

Este principio de préstamo responsable es fundamental en una sociedad como la actual donde el consumo constituye uno de los ejes de la política económica y de allí que el proveedor debe advertir sobre los alcances del compromiso patrimonial en consideración a los recursos existentes.

La norma en comentario exige evaluar los antecedentes crediticios e informar el resultado del interesado de manera de decidir fundadamente el otorgamiento o denegatoria del crédito y comunicarlo fehacientemente al interesado.



El inc. 7º comienza a regular la prevención del sobreendeudamiento estableciendo la obligación de prever políticas destinadas a dicho fin y de abstenerse de desplegar cualquier práctica que estimule el endeudamiento excesivo del consumidor.

Por último, la norma se cierra con una directiva relevante al establecer las responsabilidades por los riesgos y costes derivadas de una financiación o de préstamos acordados en infracción al principio del préstamo responsable. En esta línea se dice, hace responsable a los proveedores o intermediarios de crédito por los daños derivados.

En esta línea, la evaluación de la capacidad del cliente para hacer frente a sus obligaciones es un principio económico básico de cualquier prestamista —que en definitiva es quien soporta el riesgo del impago—. De esa forma, en el momento en que se solicita un préstamo, los proveedores deben realizar una apreciación con base en la información del tomador del crédito: ingresos mensuales, condición laboral, registros de antecedentes crediticios, etcétera.

### **III.2. La tutela del consumidor hipervulnerable**

#### *III.2.1. Programas especiales en el mercado de crédito*

El Anteproyecto contiene como categoría especial en el art. 3º el reconocimiento de los consumidores hipervulnerables expresando la norma que, en el caso de tratarse de colectivos sociales en esta situación, el principio de protección del consumidor se acentúa y que consecuentemente la información, trato equitativo digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados.

Esta norma se ve reflejada en la sección que nos toca estudiar en el artículo 80 que expresamente pauta las políticas de *protección del consumidor en el mercado de crédito* y regla *programas especiales para colectivos hipervulnerables*.

Así el precepto puntualmente expresa: “En el marco de las políticas de protección de los derechos del consumidor a las que se refiere el Título I, Capítulo 2, las autoridades implementarán medidas adecuadas para la efectiva protección de los usuarios de servicios financieros, mediante:

“1. El desarrollo de campañas de información, difusión y promoción de los derechos del consumidor en la operatoria de crédito;

“2. La regulación y el control de la actividad publicitaria del sector;

“3. La regulación y el control del marketing crediticio y otras prácticas empresarias que puedan resultar abusivas, tanto en la colocación de crédito o financiación, como en la contratación y su ejecución y en las metodologías y procedimientos de cobranzas extrajudiciales y judiciales;

“4. La promoción de actividades de difusión de la información crediticia disponible;

“5. El control de cláusulas abusivas en la operatoria de crédito;

“6. Cualquier otro mecanismo orientado a la prevención de riesgos para el consumidor, propios del mercado de crédito.

“Deberán implementarse programas especiales destinados a la tutela de aquellos colectivos que, por las características particulares de la operatoria, se encuentran en situación de hipervulnerabilidad”.

La norma referenciada hace pie en las pautas de protección del consumidor establecidas en el título I, capítulo 2, regladas en los arts. 29 a 34 en cuanto exige a la administración pública formular y fortalecer las políticas de protección al consumidor asegurando la educación para el consumo, el control de la competencia y consecuentemente de los monopolios; y el control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, requiriendo que se establezcan procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos.

En esta inteligencia, se requiere establecer una infraestructura adecuada que permita aplicar y controlar las políticas de tutela del consumidor y promoviendo el acceso a las tecnologías de la información y de las comunicaciones. En este sentido se hace especial hincapié a la tutela en el ámbito del comercio electrónico y se establece expresamente que incumbe al Estado nacional, las provincias y los municipios, garantizar programas de defensa, educación e información para tutelar la efectividad del derecho de toda persona a un nivel de vida ade-

cuado para sí y su familia y una mejora continua de las condiciones de existencia.

### III.2.2. *La dignidad de la persona y el acceso a un nivel de vida digno*

Dicho derechamente, las políticas sobre derechos económicos, sociales y culturales constituyen obligación de las autoridades que deben respetar la dignidad de toda persona y de allí que esta se concrete en el acceso a un nivel de vida digno.

Cabe recordar que, los derechos humanos y los derechos del consumidor tienen como fuente la dignidad del ser humano. Dignidad que los eleva como derechos que merecen una tutela intensa y diferenciada como lo son los derechos humanos y con los cuales comparte sus caracteres esenciales.

En este sentido se ha dicho que el análisis desde la ciencia jurídica debe centrarse en el consumidor persona humana, cuya vida se ve constantemente atravesada por el mercado (8).

Dentro de esta política integral de tutela del consumidor, el art. 80 subraya el desarrollo de campañas de información y difusión de derecho del consumidor en la operatoria de crédito; el control de la actividad publicitaria y del marketing crediticio y otras prácticas empresarias que puedan resultar abusivas, tanto en la colocación de crédito o financiación como en las metodologías y procedimientos de cobranzas, tanto extrajudiciales como judiciales.

En esta línea, deviene una directiva relevante de control de cláusulas abusivas en la operatoria de crédito debiendo implementarse programas especiales destinados a la tutela de aquellos colectivos que, por las características de la operatoria, se encuentran en situación de hipervulnerabilidad.

En esta inteligencia, cabe tener presente que la pertenencia a dichos grupos puede traer aparejada la obstaculización o limitación en el efectivo goce y ejercicio de los derechos funda-

mentales, así como también la posibilidad efectiva de acceder a la justicia.

Esto ha sido receptado por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que reconocieron que “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (...) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad” (9).

Las directrices de las Naciones Unidas, aprobadas por la Asamblea General de la ONU en 1985, resolución 39/248, ampliadas en 1999, enumeran expresamente cuáles son los derechos de los consumidores y usuarios, la obligación de proveer a la protección de los mismos por parte de las autoridades, propiciando el dictado de legislación que reconozca a los mismos y permita su intervención para esos fines. Constituyen “lineamientos para la aplicación de políticas gubernamentales de protección al consumidor” y más allá de su leve rango de directrices o directivas (no son tratados) constituyen postulados de los cuales la legislación interna no puede apartarse y han sido fuente de nuestra ley 24.240.

Todo lo dicho, justifica una protección especial en el mercado de crédito tal como lo ordena el art. 80, en sus diversos incisos.

(9) Dirección Nacional de Atención a Grupos en situación de Vulnerabilidad, dependiente de la Subsecretaría de Protección de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos. Políticas públicas y compromisos internacionales; Área de Publicaciones de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 25 de Mayo 544, PB, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, [www.derhuman.jus.gov.ar](http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos_vulnerables.pdf), disponible en [http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos\\_vulnerables.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos_vulnerables.pdf).

(8) RUSCONI, Dante (dir.), *Manual de derecho del consumidor*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. XXXIV.

## IV. El sobreendeudamiento del consumidor

### IV.1. Introducción

#### IV.1.1. El panorama social y legal

El mandato constitucional de proteger los derechos del consumidor impone al Estado el deber de actuar mediante la sanción de una legislación que prevea las consecuencias derivadas del endeudamiento excesivo que afecta a las economías domésticas. Esto se refleja en los arts. 81 a 96 del anteproyecto.

La situación del sobreendeudamiento del consumidor la hemos abordado en reiteradas oportunidades poniendo de relieve la insuficiencia del actual esquema legal argentino y las enseñanzas del derecho comparado (10).

Hemos señalado también la situación de indefensión en la que se encuentra el consumidor sobreendeudado.

En esta inteligencia, el régimen de pequeño concurso, reglado en la actual ley concursal 24.522, poco aporta a la situación del consumidor sobreendeudado que *prima facie* tiene a su disposición la posibilidad de concursarse preventivamente o presentarse en quiebra.

Hasta ahora la alternativa del concurso preventivo, al menos en la Argentina, no ha sido muy utilizada pues, las personas humanas que no realizan actividades económicas organizadas, art. 320 del Cód. Civ. y Com., no tienen la posibilidad de mejorar su “flujo de fondos”, característica propia del quehacer mercantil y/o empresarial y, por ende, con un sueldo en muy difícil concretar una “fórmula de repago”.

Por el contrario, la quiebra, como ejecución colectiva, si bien produce el desapoderamiento pleno, no puede afectar la vivienda familiar y a la postre, permite la “liberación de deuda” cuando culmina el período de inhibición establecido en el art. 234 de la ley 24.522, en correlación con los arts. 104 a 107 de dicho cuerpo legal.

En una palabra, en el actual sistema legal, el fallido queda desapoderado de sus bienes hasta su rehabilitación, pero esta se produce automáticamente al año y permite la “liberación” de las deudas anteriores del nuevo patrimonio que adquiera, arts. 104, 107, 234 a 236 de la ley 24.522.

Este “nuevo comienzo” puede ser una solución positiva o negativa según la situación de la persona fallida y, concretamente, con relación al consumidor, no existe respuesta legislativa concreta.

Así, cuando el deudor “sobreendeudado” se presenta a pedir su propia quiebra se plantean diversas soluciones jurisprudenciales que ponen en “tela de juicio” los criterios de interpretación del actual sistema concursal.

Belén Japaze (11) afirma que las graves consecuencias del sobreendeudamiento definen un cuadro de situación que no puede ser consentido con la mirada esquiva y voz silente del conjunto social; menos aún de los poderes públicos.

En esta línea, en España la conocida jurista Pulgar Ezquerro (12) expresa que la consagración constitucional de la tutela de los consumidores impone a los poderes públicos el mandato de garantizar su defensa y de allí la obligación de regular procedimientos adecuados con arreglo a criterios de justicia y equidad. En igual línea, la Corte de Casación francesa ha calificado a la regulación del sobreendeudamiento como “norma de orden público económico de protección social” (13).

(10) JUNYENT BAS, Francisco, “En torno a las alternativas de saneamiento para el deudor sobreendeudado”, Libro de Ponencias del VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. III, Tucumán, p. 185; ANCHÁVAL, Hugo, “El sobreendeudamiento de los consumidores y la cuestión social”, *Doctrina societaria y concursal*, Errepar, agosto 2009, p. 808; TRUFFAT, Daniel, “¿Decocor, ergo fraudator?”, Lexis Nexis, Córdoba nro. 7, julio 2007, p. 565.; JAPAZE, Belén, “Economías domésticas y sobreendeudamiento. Destinatarios de una regulación impostergable”, *Revista de Derecho del Consumo*, 2016, nro. 1, ps. 69 y ss.

(11) JAPAZE, Belén, “Economías domésticas...”, cit.

(12) PULGAR EZQUERRA, Juana, “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”, en *Revista de Derecho Concursal*, nro. 9, 2007, p. 43.

(13) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El sobreendeudamiento del consumidor”, *La Ley*, Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, junio 2008.

#### IV.1.2. *Hacia una legislación especial*

Hemos adelantado que toda esta situación llevó a la necesidad de promover una legislación específica relativa a la liquidación colectiva de deudas para ofrecer una vía de saneamiento a los consumidores con endeudamiento excesivo y, en este sentido, recordamos que INSOL elaboró un documento en donde se destacó la necesidad de proveer nuevas vías alternativas, de acuerdo a las circunstancias del deudor consumidor, que revisen: a) el acceso al crédito y la forma en que se provee la información; b) el método de cobro, y también, c) el correspondiente plan de renegociación del pasivo y la posibilidad de un “nuevo comienzo”.

En igual sentido, la Asamblea General de la ONU dictó la res. del 9 de abril de 1985 tendiente a que los países miembros dicten normativas que protejan a los consumidores. A su vez, el Tratado de Constitución de la Unión Europea conocido por la ciudad que fue su sede, Maastricht, 1992 plasmó en su articulado una sección dedicada a la “protección de los consumidores”.

Colombia anticipó una regulación en 1982, y con apoyo en ulteriores Tratados Internacionales consagró en 2011 el “Estatuto del consumidor”. En tanto Francia por ley de diciembre de 1989 reguló el sistema que mayor adhesión parece concitar en la doctrina, dirigido a la “persona física sobreendeudada de buena fe” imposibilitada de pagar deudas no profesionales.

En 2005 Estados Unidos dictó la famosa Ley de Abuso en la Prevención y Protección del Consumidor que fue incorporada al título 11, capítulo 13 del Código de Quiebras bajo el título “Composición del patrimonio del individuo” cuyo sujeto es el deudor individual con ingresos regulares.

Italia dictó una expresa regulación sobre el sobreendeudamiento del consumidor por ley 221/2012 entendiendo por sobreendeudamiento “el perdurable equilibrio entre las obligaciones y el patrimonio prontamente liquidable que determina la dificultad de cumplir las obligaciones o la definitiva incapacidad de hacerlo regularmente”.

El real dec.-ley 1/2015 del 27 de febrero titulado “Mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financieras y otra medida social” procura incluir a las entidades bancarias en una normativa dirigida al tratamiento considerado de “buenas prácticas” al consumidor de productos bancarios, que en alguna medida guarda correlato con el real dec.-ley 27/2012 de “Medidas urgentes de protección a los deudores hipotecarios”, con suspensión de lanzamientos hasta el 15 de mayo de 2017 de la vivienda habitual de personas vulnerables incluyendo entre estas al deudor mayor de 60 años, aunque no constituya unidad familiar con bajo ingreso.

En nuestro país la ley nacional de Defensa del Consumidor del 22 de diciembre de 1993 anticipó una nueva regulación legal que llegaría a su *cenit* con la Reforma de la Constitución de 1994 cuyo art. 42 consagra los derechos y garantías de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en relación al consumo, su salud, seguridad e intereses económicos por vía de una información adecuada y veraz, libertad de elección, trato equitativo y digno.

Aquí y ahora, este reclamo se actualiza con el texto expreso de los arts. 81, 82 y 83 del Anteproyecto, tal como lo veremos *infra*.

#### IV.2. *Presupuesto subjetivo y objetivo*

##### IV.2.1. *El aspecto objetivo del sobreendeudamiento*

Desde esta perspectiva, el art. 81 del anteproyecto se introduce en el sobreendeudamiento del consumidor definiendo su alcance objetivo y subjetivo y colocando las bases que debe respetar la legislación especial que se dicta al efecto.

Así, el precepto establece que el sobreendeudamiento se configura como “La situación caracterizada por la grave dificultad para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles o de pronta exigibilidad que compromete el acceso y el goce de bienes esenciales”.

Tal como se advierte el concepto legal se define por las siguientes características:

- El sobreendeudamiento es una “situación”, por lo que también podría decirse que es un “estado” que tiene la nota de relativa permanencia.

- Grave dificultad para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles o de pronta exigibilidad, refiriendo en este aspecto a la virtual imposibilidad de afrontar el pasivo o si se quiere las deudas de la persona sin afectar sus condiciones de vida; diferenciándose en esto del “estado de cesación de pagos” de la ley concursal que si bien es similar constituye fundamentalmente un problema financiero en el flujo de fondos de la empresa.

- Así, el consumidor no tiene un problema de fondos típico, sino una afectación de las condiciones de vida y normalmente sus ingresos o son fijos, v.gr., salarios y/o jubilaciones y eventualmente “changas”, por lo que resulta impropio hablar de flujo de fondos. Por el contrario, una empresa se dedica al intercambio de bienes y servicios por lo que su capital de trabajo hace que la rotación de los productos y servicios se preste, refleja un intercambio que es dinerario y consecuentemente implica la existencia de un flujo de fondos.

- La característica final del sobreendeudamiento es el compromiso al acceso y el goce de bienes esenciales para una vida digna del consumidor, por lo que pone en juego directamente la dignidad de la persona.

#### *IV.2.2. El alcance subjetivo referido a la persona del consumidor*

Desde otra perspectiva se define el elemento subjetivo del sobreendeudamiento al establecerse que el destinatario de la tutela como consumidor “es la persona humana”, lo que apareja el debate sobre la amplitud de la norma.

Así en otras legislaciones se ha seguido un criterio más amplio y específicamente se plantea la cuestión de los “monotributistas” que en nuestro país son verdaderos trabajadores y si no quiere usarse este último término, son personas que viven de su trabajo, aunque no exista una relación de dependencia en el sentido estricto de la palabra. Este último aspecto, resulta sumamente opinable.

No cabe ninguna duda de que como lo señalamos *supra* cuando referimos al “consumidor sobreendeudado” estamos referenciando el art. 320 del Cód. Civ. y Com., pues al ser destinatario final de los productos y/o servicios que adquiere no realiza “actividad económica organizada”, tal como sucede con los que ejercen el comercio.

El art. 81 es relevante en cuanto reconoce una realidad innegable de la economía doméstica como es aquella situación donde el consumidor no puede abonar sus obligaciones para vivir y se vuelve un “hito” fundamental que deberá tener en cuenta el estatuto concursal y/o una ley especial en donde se regule, tal como hemos dicho que se hace en el derecho comparado, para regular un procedimiento de saneamiento de la persona humana consumidora. En este sentido, en otro país existen diversos proyectos que no han merecido repuesta legislativa adecuada y tal como dice Belen Japaze (14) esto conlleva un cuadro de situación que no puede seguir siendo ignorado por los poderes públicos.

Dicho derechamente, se torna urgente la sanción de un procedimiento de tutela especial sobre el consumidor sobreendeudado, más allá de las medidas de prevención que establece el presente anteproyecto.

#### ***IV.3. La necesidad de un procedimiento especial que tutele al consumidor sobreendeudado***

##### *IV.3.1. Hacia una legislación especial*

En esta inteligencia, el art. 82 expresa: La prevención y el saneamiento del sobreendeudamiento como políticas centrales de protección del consumidor. “Las autoridades proveerán a la prevención y saneamiento del sobreendeudamiento de los consumidores con medidas de contenido sustancial y procedimental adecuadas, en sus respectivos ámbitos de actuación”.

La norma es clara en cuanto reclama a los poderes públicos que se establezca un procedimiento de saneamiento de carácter sustancial y procedimental: es decir, *se impone la sanción de una normativa que regule específicamente esta situación.*

(14) JAPAZE, Belén, “Economías domésticas...”, cit.

En esta línea, el Poder Ejecutivo de la Nación, en el año 2015 dispuso, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la creación de una Comisión Especial con el objetivo de adecuar el régimen concursal aplicable a los pequeños procesos para proveer la necesaria reforma a fin de incorporar “el sobreendeudamiento del consumidor y la microempresa”.

La aludida comisión fue designada por res. 1163 del 22/5/2015 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (15), y desarrolló la labor encomendada la que concluyó con un anteproyecto que fue elevado al Ministerio respectivo el 11/08/2015 y que estuvo precedido por una audiencia pública que se realizó en la Facultad de Derecho de la UBA el 7/7/2015 con representantes de foro académico, entidades empresarias, profesionales y del Ministerio Público.

Con motivo del cambio de gobierno la comisión volvió a presentar el proyecto al Ministro de Justicia, Germán Garavano, sin que hasta ahora se conozca respuesta alguna.

Por otra parte, por pedido del diputado nacional Martín Llaryora, elaboramos juntamente con mi colega Andrés Varizat (16), otro proyecto siguiendo los antecedentes del anterior que ha tenido entrada en el Congreso de la Nación bajo el número 7210-D-2018 y que se encuentra a estudio de las respectivas comisiones de consumidor y de legislación general.

#### *IV.3.2. Una nueva exhortación a las autoridades públicas*

Todo lo que venimos señalando se correlaciona con el artículo 84 en cuanto insiste en la obligación de las autoridades públicas de garantizar este tipo de mecanismo preventivo tanto, en la presente ley, como en las que pudieran dictarse.

(15) Héctor Osvaldo Chomer, Daniel Roque Vítolo, Juan Carlos Veiga, Francisco Junyent Bas, Alejandra Noemí Tevez, Emiliano García Cuerva, Marcelo Eduardo Haissiner, actuando como Secretaria Gabriela S. Antonelli.

(16) Profesor de Derecho del Consumidor en la Facultad de Derecho de la UNC y ex director de Derecho del Consumidor de la provincia de Córdoba.

La norma relacionada puntualmente expresa: “Medidas frente al sobreendeudamiento. La implementación de medidas preventivas, sustanciales y procedimentales, es deber prioritario de las autoridades públicas, que deberán garantizar el ejercicio de los mecanismos preventivos previstos en la presente ley y en las que pudieran dictarse al efecto”.

Nos encontramos frente a un precepto que podríamos calificar de “exhortativo” en cuanto convocan a la implementación de un proceso especial de tutela del consumidor y lo impone como deber prioritario de las autoridades públicas, léase de los poderes del Estado.

Esta normativa se complementa con el art. 83 cuando establece la obligación de la educación financiera.

Así, el precepto reza: “Educación financiera. En la formulación de planes generales de educación para el consumo, las autoridades deberán contemplar propuestas de educación financiera” para los consumidores en todos los niveles, a fin de contribuir a una gestión razonable de una economía doméstica y prevenir el endeudamiento excesivo.

“A tal efecto, deberán considerarse las características socio-demográficas y económicas, los valores culturales, los patrones de consumo y demás aspectos particulares del grupo social al que el plan educativo o los programas especiales están dirigidos”.

#### *IV.4. Educación del consumidor*

Desde esta perspectiva, el art. 83 citado precedentemente se correlaciona con el art. 29 inciso primero que impone como política de protección al consumidor la educación para el consumo. En este sentido la norma relacionada expresa que justamente en cumplimiento de la manda general las autoridades deben contemplar propuestas de educación financiera que contribuyan a un adecuado manejo de la economía doméstica con la finalidad de prevenir el endeudamiento excesivo y para ello impone programas especiales.

Esta manda legal de educación para el consumo se encuentra presente en el art. 60 de la ley 24.240 lo que demuestra la necesidad de

informar y formar, énfasis añadido, a la ciudadanía sus derechos como consumidores y de allí, la exigencia de que los planes oficiales de educación primaria, media, terciaria y universitaria expliquen el plexo consumeril y hacer conocer los alcances de los derechos que tutelan al consumidor.

En esta inteligencia, incumbe al Estado Nacional, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Provincias y a los Municipios la formación de planes de estudio tendientes a fomentar la creación y funcionamiento de las asociaciones de consumidores, y la participación de la comunidad, como así también insistiendo en la necesidad de que la educación contemple la enseñanza de la ley del Consumidor.

La doctrina<sup>(17)</sup> afirma que la norma no se refiere a la autoridad de aplicación, sino que pone en cabeza del Estado en sus diversos niveles la obligación de adecuar los planes de educación a los fines del conocimiento de la tutela del consumidor, a cuyo fin se deberá articular la forma en que cada jurisdicción hará efectiva la manda legal.

En esta línea, se señala que educar es formar, de modo que los verdaderos objetivos de los planes educativos que exigen los arts. 30, 31, 32, 33 y 34 del anteproyecto.

Farina (18) enfatiza que la función educadora no solo debe enseñar a los consumidores cuáles son sus derechos y obligaciones, sino también preferentemente, a liberarse de la esclavitud a que lo tiene sometido esta sociedad de consumo, aprendiendo a discernir entre lo necesario, lo conveniente y lo superfluo.

## V. Publicidad, información y contenido de la documentación creditoria

### V.1. Introducción: *esquema legal*

Tal como señala la Comisión Redactora del Anteproyecto correlacionando la publicidad con el contenido mínimo de los anuncios y de la documentación creditoria resulta necesario

(17) FARINA, Juan, *Defensa del consumidor y del usuario, comentario a la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*, 4ª ed., Astrea, 2011, p. 630.

(18) FARINA, Juan, *Defensa del consumidor y del usuario...*, cit., p. 632.

correlacionar todos estos aspectos para que los consumidores al tomar crédito tengan una adecuada información sobre el grado de compromiso que asumen.

En esta línea, en los fundamentos los integrantes de la Comisión puntualizan que “El Anteproyecto avanza en la previsión de medidas de corte preventivo del sobreendeudamiento vinculadas a: la actividad publicitaria; la imposición de un contenido informativo mínimo que se replica de modo uniforme en los anuncios publicitarios, en toda documentación que se ofrezca o proporcione antes de contratar y en el contrato que finalmente se formalice; un deber de asistencia y asesoramiento particular así como de advertencia; la ratificación de formalidades impuestas al contrato y previsiones respecto de los cambios que pudieran introducirse al contenido del mismo”.

En esta inteligencia resulta fundamental analizar el contenido del artículo 85 el cual reza: “Publicidad. Contenido mínimo. Transparencia. Todo anuncio publicitario en el que se ofrezca un crédito para el consumo, deberá especificar, en forma clara y precisa, con un modelo representativo:

“1. Que la operación corresponde a la cartera de consumo, en forma destacada;

“2. El nombre o razón social y domicilio del proveedor de crédito y, su caso, del intermediario;

“3. La descripción del bien o servicio objeto del contrato cuyo precio se financia, en su caso;

“4. El monto total del crédito o del precio del bien o servicio a financiar;

“5. El monto total adeudado o financiado, incluyendo el costo financiero total;

“6. El monto a desembolsar inicialmente y el monto financiado;

“7. La tasa de interés efectiva anual, y si es fija o variable;

“8. El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses;

“9. La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar;

“10. Las comisiones, gastos y cualquier otro concepto que integre el total adeudado;

“11. Los costes por servicios accesorios, como seguros, si los hubiere;

“12. La duración del contrato de crédito;

“13. El derecho de revocación o arrepentimiento y las condiciones de su ejercicio;

“14. El derecho al pago anticipado del crédito o la financiación, total o parcial, y las condiciones de su ejercicio”.

**V.2 Contenido mínimo de la publicidad y del contrato: la pauta de transparencia**

*V.2.1. Directrices que articulan la información, publicidad, modelo representativo y contenido del contrato*

Tal como se sigue de la lectura del precepto que hemos descrito tanto los anuncios publicitarios, como la documentación que contenga el contrato de crédito deben reunir una serie de recaudos que se completan con las pautas establecidas en los arts. 86, 87, 88, 89 y 90.

El art. 85 constituye el “eje central”, tanto de la información como de la modalidad operativa, al exigir que los anuncios publicitarios contengan, en forma clara y precisa un “modelo representativo” que refiera el tipo de operación que se intenta formalizar en forma destacada. Además, deberá contener todos los datos del proveedor y en su caso del intermediario, como así también la descripción del bien o servicio objeto de contrato cuyo precio se financia y en su caso, los siguientes aspectos:

a) El monto total del crédito o del precio del bien o servicio

b) El monto total adeudado o financiado, incluyendo el costo financiero total.

c) El monto a desembolsar inicialmente

d) La tasa de interés efectiva anual y si es fija o variable

e) El sistema de amortización de capital y cancelación de los intereses

f) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar

g) Las comisiones, gastos y cualquier otro concepto que integre el total adeudado

h) Los costes por servicios accesorios como seguros si los hubiere

i) La elaboración del contrato de crédito

j) El derecho de arrepentimiento y las condiciones de su ejercicio

k) El derecho de pago anticipado de crédito, total o parcial

Tal como hemos expresado este contenido se proyecta en todo el “iter” o camino contractual. En efecto, el artículo 86 establece lo que denominan información pre contractual señalando que, con carácter previo a la formalización de un contrato de crédito, cualquiera sea la modalidad de la operatoria, el proveedor debe suministrar la información mencionada en el artículo 85. Y que, la documentación que se exhiba o se entregue al consumidor cumpla aquellas pautas.

Las obligaciones del proveedor en orden a la correcta transparencia del negocio se concretan en una exigencia lógica de quien se encuentra en una situación prevalente frente a una persona común como es la de asistir personalmente y asesorar al consumidor para que este pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera, tal como lo manda el art. 87.

*V.2.2. En torno al modelo representativo del contrato*

A mayor abundamiento el artículo 88 puntualiza expresamente el contenido que debe tener el “modelo representativo del contrato”, requiriendo que se entregue al consumidor una caratula que contenga los siguientes recaudos:

“1. El precio total del bien y el precio total financiado, para el supuesto de financiación ofrecida por el propio proveedor de bienes o servicios;



“2. El monto del crédito o la financiación acordados y el monto total a abonar, considerando el costo financiero total;

“3. El valor de la cuota periódica;

“4. La tasa de interés anual efectiva, y si es fija o variable;

“5. El porcentual del salario o ingresos mensuales declarados por el solicitante, afectado al pago de la financiación o del crédito para el consumo;

“6. El monto resultante de la tasación de los bienes ofrecidos en garantía, en caso de corresponder”.

### *V.2.3. Modalidad del contrato de crédito y eventuales modificaciones*

En este camino de dotar de transparencia a la operatoria crediticia para el consumo, el artículo 89 exige que el contrato de crédito se celebre por escrito o en un soporte electrónico y que contenga todas las exigencias impuestas en los artículos 85 y 86 de manera de correlacionar lógicamente la publicidad, con el modelo representativo del contrato y toda otra documentación precontractual.

A los fines de asegurar el contenido de la publicidad, del modelo representativo y del contrato, la norma citada termina en una sanción sumamente clara al establecer que “Las cláusulas relativas a costos a cargo del consumidor que no están incluidas o que están incluidas incorrectamente en el costo financiero total publicitado o incorporado al documento contractual, se tienen por no escritas”.

En una palabra, ni siquiera es necesario plantear la nulidad o ineficacia de dichas cláusulas, sino que se tienen que tener por “no escritas”; es decir como si no existiera. Por último, para asegurar también, una financiación que no sea abusiva ni usuraria el último párrafo del precepto que estamos comentando ordena que “Salvo disposición legal expresa y específica, y en el marco del artículo 28 de esta ley, en ningún caso los intereses de cualquier naturaleza serán capitalizables. Esta prohibición rige aún en caso de ejecución del crédito por vía judicial”.

El texto se explica por sí mismo, todo el costo financiero ya se encuentra incorporado en la publicidad, en la documentación precontractual y en el contrato y por ello no hay posibilidad alguna de que los intereses se capitalicen, ni aún en el caso de ejecución judicial, modificando así las pautas generales del Cód. Civ. y Com.

Estas pautas de transparencia y que hacen a una información plena y a un contenido concreto de la operación de crédito se consolida con el artículo 90 que establece que cualquier modificación a cláusulas referidas a obligaciones a cargo del consumidor:

a) Debe ser notificada con 60 (sesenta) días de anticipación a su entrada en vigencia.

b) Obtener el consentimiento expreso del consumidor.

El precepto podría cuestionarse en cuanto “a la postre” habilita la modificación de las cláusulas o la incorporación de otras en un esquema de reglas imperativas pero que ante la prevalencia del consumidor pueden llegar a convertirse en una alternativa de abuso.

De todas formas, todo el esquema que hemos denominado de transparencia y que tiene su raíz en el derecho de información y en la obligación de consejo se fortalece con el principio de conexidad contractual establecido en los arts. 92, 93; el derecho de pago anticipado y el derecho de arrepentimiento, art. 96.

### *V.3. De la conexidad contractual al “cierre” del sistema*

#### *V.3.1. La operatoria crediticia y la conexidad del contrato*

El anteproyecto contiene dentro de la operatoria de crédito para el consumo normas especiales que reglan la conexidad contractual y las consecuencias legales que se derivan de este tipo de situaciones.

Así, en primer lugar, el art. 92 establece las pautas y las presunciones de la conexidad:

“Conexidad contractual en la operatoria de crédito para el consumo. Presunciones.

“Se entiende que existe un contrato de crédito conexo al de consumo cuando en virtud del primero, el consumidor obtiene financiación para la adquisición de bienes o para la prestación de servicios como destinatario final, y ambos contratos tienen una finalidad económica común.

“La conexidad contractual se presume:

“1. Cuando se publiciten ambos contratos de manera conjunta, o en la publicidad de uno de ellos se haga referencia al otro;

“2. Cuando existe una cooperación regular entre el proveedor de bienes y servicios y el de crédito, sin que se exija un acuerdo formal previo ni que sea concertado en exclusividad;

“3. Cuando el contrato de crédito se ofrece o se celebra en el ámbito donde se desarrolla la actividad del proveedor de bienes o servicios y a la inversa;

“4. Cuando en cualquiera de los contratos exista una referencia a las obligaciones emergentes del otro;

“5. Cuando el bien objeto del contrato de consumo sirva de garantía de cumplimiento del contrato de crédito”.

Tal como se advierte en la lectura del texto el primer párrafo tiene directa relación con los arts. 1073 a 1075 del Cód. Civ. y Com. al señalar que la conexidad entre el contrato de crédito y la adquisición de bienes se descubre o se manifiesta cuando ambos contratos se complementan y tienen una finalidad económica en común.

En esta línea el régimen de presunciones es sumamente claro y se corresponde con la realidad negocial.

En el inciso primero se reconoce la existencia de la conexidad cuando ambos contratos se publicitan de manera conjunta.

En igual sentido el inciso dos establece la presunción de conexidad cuando existe una cooperación regular entre el proveedor de bienes y servicios y el de crédito.

También permite presumir la conexidad la circunstancia que el contrato de crédito se celebre

en el mismo ámbito donde desarrolla su actividad el proveedor de bienes o a la inversa. Va de suyo, que también son conexos cuando los contratos se referencian mutuamente o cuando el bien objeto del contrato de consumo sirve de garantía del cumplimiento del contrato de crédito.

### *V.3.2. Los derechos del consumidor frente al incumplimiento del proveedor*

Una norma clave lo constituye el art. 93 que establece cuales son los derechos del consumidor ante el incumplimiento de las obligaciones del proveedor.

En este sentido, la norma propone las siguientes alternativas en forma expresa:

“1. Suspender los pagos pendientes al proveedor del crédito;

“2. Oponer el incumplimiento del proveedor de bienes y servicios, como defensa, en caso de ser demandado por el proveedor de crédito;

“3. Peticionar una reducción proporcional del monto del crédito inicialmente otorgado, con la consiguiente disminución del importe de los plazos de amortización, en caso de cumplimiento defectuoso o parcial del proveedor de bienes y servicios;

“4. Reclamar al proveedor del crédito el cumplimiento de la obligación impuesta al proveedor de bienes y servicios, previo requerimiento insatisfactorio contra este último;

“5. Exigir al proveedor del crédito el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el proveedor de bienes y servicios”.

Como se sigue de la lectura de los derechos enumerados a favor del consumidor el contrato de crédito y el de adquisición de bien están definitivamente vinculados.

De allí que se dispone que el consumidor puede oponer el incumplimiento del proveedor del bien o del servicio, tanto para “suspender los pagos” pendientes del crédito, como a “modo de defensa” en caso de ser demandado por el cobro de las cuotas, como lo señalan los incs. 1º y 2º.

Asimismo, se puede peticionar una “reducción proporcional” del monto del crédito en correlación con el grado del cumplimiento del proveedor del bien o servicio, inc. 3º.

Una manda importante es la que establecen los incs. 4º y 5º cuando habilitan al consumidor para:

a) Reclamar al proveedor del crédito la obligación impuesta al proveedor de bienes y servicios y;

b) A exigir el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el proveedor de bienes y servicios.

Desde esta perspectiva corresponde poner de relieve que la respuesta del sistema frente al sobreendeudamiento no puede limitarse al reproche de la conducta del consumidor que incumple sus obligaciones y a la aplicación de la responsabilidad por deudas, propia del derecho de las obligaciones. Dicho derechamente la protección del consumidor exige examinar la responsabilidad que les cabe a agentes implicados en la financiación, todo lo cual nos lleva al nuevo régimen de responsabilidad pautado en los arts. 107 y siguiente del Anteproyecto.

El artículo que comentamos mantiene la pauta de que en caso de no otorgamiento de crédito la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo restituirse las sumas que hubiese anticipado y los gastos que hubiere efectuado.

Por último, la norma establece que si el consumidor ejerce el derecho de revocar el contrato con el proveedor de bienes y servicios, queda desobligado del contrato de crédito.

Esta última consecuencia jurídica es lógica ya que los dos contratos se correlacionan y “penden” mutuamente, de allí, la conexidad existente en torno a la finalidad común.

#### ***V.4. Desembolso inicial obligatorio: una norma ambivalente***

##### ***V.4.1. Una primera interpretación***

Un artículo interesante resulta aquella que dispone que constituye una práctica abusiva “La (no) imposición al consumidor de un des-

embolso inicial obligatorio en la operatoria de crédito. En el marco de lo previsto en el artículo 80, inciso tercero las autoridades de aplicación respectiva deberán establecer políticas activas para neutralizar las practicas empresarias que estimulen indebidamente el endeudamiento”.

La lectura exegética del precepto lleva a la conclusión de que indudablemente se podría haber deslizado “un error material” al señalar como práctica abusiva la “no” imposición de un desembolso obligatorio, por lo que en nuestra opinión la práctica abusiva se concreta si se exige un anticipo obligatorio, justamente al contrario de lo que dice la norma.

Veamos, nos encontramos en el ámbito de las operatorias de crédito que indudablemente implican un financiamiento del precio del bien o servicio que se adquiere y cuando se refiere puntualmente al contrato de crédito lo que resulta abusivo es exigir un desembolso inicial obligatorio.

Esta interpretación se consolida si se integra el artículo 80, inciso tercero correlacionado en la misma norma que puntualmente señala que las políticas de protección en el mercado de crédito deben implicar “La regulación y control del marketing crediticio y otras prácticas empresarias que puedan resultar abusivas tanto en la colocación de crédito o financiación, como en la contratación y su ejecución...”.

Otro aspecto que no puede ignorarse es que el artículo 94 viene correlacionado con la “conexidad” entre el contrato de adquisición del bien o servicio y el contrato de crédito. El sentido común nos permite afirmar que se puede pedir un adelanto en el contrato de adquisición del bien o servicio, pero no en el de crédito; justamente, porque la finalidad de este último, es la obtención de fondos para realizar la adquisición relacionada.

En esta inteligencia, entendemos que como la tutela del consumidor implica evitar las practicas empresarias que signifiquen el ejercicio por parte del proveedor de un derecho en forma irregular, léase abusivo, lo que queda claro es que la *ratio legis* del artículo 94 implica que este debe leerse como si la palabra “no” no hubiese sido escrita, pues de lo que se trata es de tutelar al consumidor de una práctica que pueda implicar un sobreendeudamiento.

#### V.4.2. Otra inteligencia viable

Desde otro costado, también puede entenderse que la preposición “no” es correcta y que consecuentemente si se entrega el bien sin desembolso inicial obligatorio en la operatoria de crédito se facilita el endeudamiento.

En efecto, tampoco puede ignorarse que muchas veces los comerciantes para lograr el objetivo de consumo del producto y/o servicio que comercializan comprometen su entrega sin ningún desembolso, los que devienen con posterioridad a que el consumidor ya ha adquirido el bien o servicio.

Ahora bien, si se lee detenidamente la norma se advierte que hay una confusión o ambivalencia entre los contratos conexos; a saber: el de venta del bien y el de crédito propiamente dicho. Es cierto que ambos si están conexos “penden uno del otro” es decir se puede entregar la cosa por parte del proveedor del bien y no requerir desembolso alguno al consumidor frente al proveedor del crédito.

Sin embargo, el texto resulta, al menos, poco claro pues predica la situación como “desembolso inicial obligatorio” y no existe esta figura obligatoria. Es cierto, que cualquier contratación puede requerir un desembolso inicial, pero ello hace siempre al bien o producto que se intenta adquirir y no al contrato de crédito conexo que se comienza a pagar a partir de la adquisición del bien.

En consecuencia, de la lectura de la norma, se sigue la posibilidad de dos interpretaciones y como la ley “se separa de la intención del legislador” el texto debe quedar lo suficientemente claro como para evitar interpretaciones contradictorias.

### V.5. Pago anticipado

#### V.5.1. Cancelación anticipada como alternativa típica

Hemos dicho en párrafos anteriores que la operatoria de crédito tiene especiales particularidades que se encuentran reconocidas en el articulado proyectado y donde contar con alternativas de “liberación” para el consumidor deviene fundamental.

Por ello, los artículos 95 y 96 reglan el pago anticipado y el derecho de arrepentimiento son normas de “cierre del sistema” que aseguran la tutela del más débil en la relación jurídica. El primero de los preceptos establece una directiva clave al puntualizar que “El consumidor puede ejercer, en cualquier tiempo, el derecho a la cancelación anticipada total o parcial del crédito o financiación acordada”.

Esta norma, particular del Estatuto del Consumidor se diferencia de las pautas establecidas en las disposiciones generales del pago y especialmente en los artículos 871 y 872 del Cód. Civ. y Com. Esta especialidad se manifiesta con todo su vigor si se tiene en cuenta que el pago puede ser “total o parcial”, dejando de lado el principio de identidad e integridad pautados en los artículos 868 y 869 del Código Único.

A mayor abundamiento el texto legal agrega que “En caso de cancelación anticipada total no se admitirá el cobro de comisiones o compensaciones cuando al momento de efectuarla haya transcurrido, al menos la cuarta parte del plazo original de la financiación o 180 días corridos, de su otorgamiento, de ambos el mayor...”

De tal modo, el precepto se aparta del principio general de que el plazo beneficia a ambas partes y habilita la liberación del consumidor sin costo alguno en la medida que haya transcurrido o una cuarta parte del plazo o 180 días corridos, en una modalización especial de cancelación de la deuda.

#### V.5.2. La cancelación parcial

A su vez, el precepto también habilita *la cancelación total y/o parcial*, antes del plazo, pero en este caso *autorizando el cobro de una comisión o compensación* del proveedor, calculada sobre el capital reembolsado. Ahora bien, a los fines de evitar u abuso de esta última facultad por el proveedor, el artículo concluye señalando que “Ninguna compensación puede equiparar ni exceder el importe del interés que el consumidor habría pagado durante el período de tiempo comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha pactada de finalización del contrato de crédito”.

De esta forma, la modalidad de pago anticipado constituye una alternativa de liberación

del consumidor que ha obtenido un crédito y/o financiación justamente por la situación de “vulnerabilidad” en que se encuentra este último.

## **V.6. Derecho de arrepentimiento**

### **V.6.1. ¿Extinción, revocación o resolución del contrato?**

En cuanto al derecho de arrepentimiento, es indudablemente una norma o “directriz clave” de los contratos de crédito pues, el artículo 96 establece puntualmente que “El consumidor tiene derecho a extinguir el contrato sin costo ni responsabilidad alguna, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir de la fecha de su celebración, de la entrega del instrumento, o de la disponibilidad efectiva del crédito, lo que suceda último, notificando debidamente al proveedor de manera fehaciente”.

No cabe duda alguna, que no se trata de una forma de “extinción” del contrato, sino de revocación y/o resolución legal pues, la facultad del consumidor es justamente dejar “sin efecto” el contrato que no ha comenzado a cumplirse, pese haber quedado concluido.

Dicho de otra forma, es una modalidad revocatoria habilitada por la ley también a los fines de la liberación del deudor, de manera tal, que el propio artículo, habla del “arrepentimiento” lo que demuestra que el contrato concluido se deja sin efecto.

En rigor, el texto no aclara si lo que se está habilitando es una modalidad de revocación contractual que pende unilateralmente del consumidor o, por el contrario, una resolución como facultad de este último, habilitada especialmente por tratarse de una operación de crédito que puede resultar gravosa y por ello, se facilita la liberación del deudor.

En opinión del descripto en sentido estricto es una facultad unilateral del consumidor que al ser “sin causa expresa” no implica una resolución, sino una forma de revocación del contrato que lo deja sin efecto.

En este sentido sería importante que la comisión redactora aclarase adecuadamente el alcance del texto legal.

### **V.6.2. Las consecuencias de la facultad “revocatoria”**

El segundo párrafo del artículo 96 señala que “El consumidor deberá restituir al proveedor el capital y el interés devengado entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso, en un plazo máximo de treinta días contados desde el momento en que notificó su voluntad de extinción. Los intereses adeudados se calcularán sobre la base de la tasa pactada en el contrato. El proveedor no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra compensación”.

Este texto contempla el supuesto en que el proveedor haya entregado el capital comprometido en la operación de crédito al consumidor y, por ende, la decisión de este último de dejar sin efecto el contrato impone lógicamente su devolución en el plazo de 30 días. Además, se puntualiza el único derecho del proveedor - acreedor es cobrar los intereses que se hubieran devengado sin derecho a ninguna otra compensación.

En síntesis, tanto la alternativa de pago anticipado como la alternativa de arrepentimiento de la operación de crédito, constituyen modalidades típicas de liberación del consumidor.

## **VI. El pagaré de consumo**

### **VI.1. Un poco de historia**

#### **VI.1.1. La doble instrumentación de la relación de consumo**

Hemos dejado para el último, el análisis de un instituto típico del derecho del consumidor como es el pagaré de consumo y que naciera a la luz de la doctrina (19) y jurisprudencia (20),

---

(19) JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, María Constanza - RODRÍGUEZ JUNYENT, Santiago, *Cuestiones claves del derecho del consumidor a la luz del Código Civil y Comercial*, Advocatus, Córdoba, 2017, ps. 155 y ss.; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico - RODRÍGUEZ, Gonzalo, “La extremaunción al pagaré de consumo”, LL de 17/10/2012; GÓMEZ LEO, Osvaldo - CICEGA, Valentina, “Abstracción cambiaria. Derecho del consumo y competencia”, Comentario a fallo plenario; PAOLANTONIO, Martín, “Abstracción cambiaria, juicio ejecutivo y derecho del consumidor”, LL del 3/8/2011.

(20) CNCom., en pleno, 29/6/2011, “Autoconvocatoria a plenario s/competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que

todo lo cual exige efectuar alguna breve historia del derecho patrio.

El problema del llamado “pagaré de consumo”, no puede ser valorado sin apreciar que se inserta en la “sociedad de consumo”, la que ostentan notas que no es factible ignorar. En efecto, aquí y ahora no puede debatirse que la economía de mercado se construye sobre la matriz del “consumo”, aspecto que no es fácilmente comprensible y requiere de un análisis que permita entender de lo que se está hablando y, fundamentalmente, lo que está sucediendo en el plano socioeconómico.

En este sentido, en el afán de incentivar el consumo de bienes y productos como alternativa económica que promueva la producción de bienes y servicios, el crédito constituye un “mojón” fundamental y de allí, toda lo que la doctrina y jurisprudencia han puntualizado en torno al artículo 36 de la ley 24240.

Por ello, a fin de realizar un adecuado análisis del denominado “pagaré de consumo” resulta pertinente establecer concretamente a qué nos referimos con la mencionada expresión y con la doble instrumentación de las deudas contraídas por los usuarios y consumidores, a través del contrato respectivo y un título de crédito que garantice su rápida y sencilla ejecución.

La instrumentación del documento pagaré implica la “creación” de un instituto particular, el título de crédito, que constituya una nueva causa de deber, en razón de su carácter autónomo y abstracto, tal como lo hemos explicado (21) en otras ocasiones.

---

se invoquen involucrados derechos de consumidores”, LL 2011-D-421; CNCom., sala F, 19/2/2015, “Banco de Galicia y Buenos Aires SA c. Dayan Gonzalo s/ejecutivo”, elDial.com - AA8E8B; CNCom., sala D, 6/5/2009, “Compañía Financiera Argentina SA c. Heredia, Rodolfo M.”, LL 2009-D-610; CCiv. y Com., Mar del Plata, sala II 4/12/2012, “Carlos Giúdice SA c. Marezi, Mónica Beatriz s/cobro ejecutivo”, LLBA 2013 (marzo), p. 433, LL online: AR/JUR/63665/2012, sentencia nro. 265 del 24/9/2014 dictada por el magistrado a cargo del Juzgado de Primera Instancia y 30° Nom. Civ. y Com. de Córdoba; CCiv. y Com., Azul, sala II, 2/10/2014, “Bazar Avenida SA c. Castro, Oscar Alfredo s/cobro ejecutivo”.

(21) JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, María Constanza - RODRÍGUEZ JUNYENT, Santiago, *Cuestiones claves...*, cit.

La afirmación precedente significa que el negocio causal, que articula una relación de consumo, ha sido objeto del fenómeno de la “titulización” reconociendo una “duplicación” del crédito a los fines de asegurar los derechos del proveedor y obtener una forma de cobro específica como es la ejecutiva.

#### VI.1.2. El llamado pagaré de consumo.

De tal forma, para que exista un “pagaré de consumo” se requiere una relación jurídica entre un “consumidor” y un “proveedor” —arts. 1° y 2° de la LDC—, mediante la cual el primero adquiere bienes o servicios como destinatario final, y que el segundo le conceda un crédito para tal fin, ya sea por sí mismo o a través de otro sujeto —crédito directo o indirecto, tal como analizaremos *infra*—. Además, el proveedor debe exigir al consumidor la firma de títulos valores —pagarés— a fin de contar con una “garantía” del pago que le habilitará la ejecución expedita de la deuda en caso de incumplimiento.

Tal como adelantamos, el presupuesto para la existencia del pagaré de consumo es la adquisición de bienes o servicios por un consumidor o usuario, con destino final, mediante una forma de pago financiada, es decir, con la concesión de un “crédito” por parte del proveedor o de un tercero, quienes le exigen a cambio la firma de uno o más pagarés para garantizar el cumplimiento de la deuda.

Laguine(22) explica que será crédito para el consumo aquel que una persona física o jurídica, en ejercicio de su actividad u oficio, concede o se compromete a conceder a un consumidor, bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales, al margen de su actividad empresarial o profesional.

Por su parte, Mosset Iturraspe y Lorenzetti (23) lo definen como todo crédito que permite al consumidor obtener bienes o servicios destina-

---

(22) LAGUINE, Esteban, *Los contratos de crédito ante la Ley de Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, p. 80.

(23) MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Defensa del consumidor, ley 24.240*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 63.

dos a sus necesidades personales o familiares, cualquiera sea la técnica jurídica utilizada.

Otro presupuesto para la existencia del “pagaré de consumo” es que esa operación de financiamiento tenga como fuente una “relación de consumo”, de acuerdo a la noción que, con fundamento en el art. 42 de la Constitución Nacional, definen los arts. 3º de la LDC y 1092 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, que engloban la anterior —a la modificación de la ley 26.361— concepción restringida del “contrato de consumo”.

De tal modo, la relación de consumo se trata del “vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”, y, en consecuencia, será necesario acudir a las definiciones de estos sujetos que se encuentran concebidas en los arts. 1º de la LDC y 1092 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y 2º de la LDC, respectivamente.

En consecuencia, es necesario distinguir las dos operaciones que se presentan: por un lado, la adquisición del bien o servicio, y por el otro, el financiamiento o crédito para el perfeccionamiento de aquella.

En síntesis, puede decirse que el pagaré de consumo es aquel que firma el consumidor en el marco de una relación de crédito para el consumo. El pagaré originalmente tuvo por finalidad superar los medios tradicionales de circulación (cesión de créditos, delegación de deudas), para sortear su lentitud y dificultosa utilización, entre otros motivos, por su vinculación en las distintas transmisiones y, en algunos casos, la relevancia de la causa. Aprovechando esa simplicidad, comenzó a ser utilizado para asegurar los derechos del proveedor y obtener la vía ejecutiva para el cobro mediante la “titulización” de la deuda, lo que en realidad implica la “duplicación” del crédito.

### *VI.1.3. Una práctica comercial abusiva: la doble documentación*

Desde esta inteligencia, se advierte una práctica mercantil consistente en la doble documentación de la deuda derivada del crédito, a saber: por un lado, en el contrato de mutuo, y por otro, en el pagaré que asegura el cumplimiento de los pagos parciales del préstamo, cuestión que se torna compleja cuando el negocio jurídico que

sirve de causa al libramiento de los pagarés es un préstamo para el consumo.

Esta problemática de la “dualidad” documental es la que motiva toda la cuestión del pagaré de consumo, y si este uso comercial no implica un abuso de posición dominante en atención a las exigencias contenidas en el art. 36 de la LDC.

De tal modo, este tipo de pagaré se ubica en el ámbito del “crédito o financiación” para el consumo, que conforme Tobías (24), es aceptado como una práctica indispensable en la vida cotidiana, que tiende al crecimiento y bienestar, pero que por otra parte, es censurado o condicionado tras ideales filosóficos, juicios morales e imperativos de justicia.

### *VI.2. La consolidación del criterio jurisprudencial mayoritario*

Desde esta perspectiva, la doctrina se fue pronunciando a favor y en contra de esta práctica, y también se fueron sucediendo fallos encontrados en diferentes jurisdicciones, que incluyeron una sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires (25), otras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (26), un Plenario de las Cámaras Nacionales de Comercio (27), entre otros.

En este aspecto, y solo a modo de ejemplo pues, resulta imposible citar todos los fallos que se fueron sucediendo con este tema, resulta imprescindible tener en cuenta el Plenario de la Cámara Civil y Comercial de Azul (28).

(24) TOBIÁS, José W., “Los contratos conexos y el crédito al consumo”, LL 1999-D-992.

(25) SC Buenos Aires, 1/9/2010, “Cuevas Eduardo Alberto c. Salcedo Alejandro René s/cobro ejecutivo”, MJJ59026;

(26) CS 5/6/2012, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco Provincia del Neuquén SA” y luego en sentido diametralmente opuesto CS, 10/12/2013, “Productos Financieros SA c. Ahumada, Ana Laura s/cobro ejecutivo”.

(27) CNCom., 29/6/2011, “Autoconvocatoria a plenario s/competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores”, expte. 2093/09.

(28) CCiv. y Com., en pleno, Azul, “HSBC Bank Argentina c. Pardo, Cristian Daniel s/cobro ejecutivo, LL del 27/3/2017.

Esta problemática de la “dualidad” documental es la que motivó toda la cuestión del pagaré de consumo, ya que este uso comercial implica un abuso de posición dominante y la violación a las exigencias contenidas en el art. 36 de la LDC, todo lo cual fue analizado acabadamente en el fallo de la Cámara Cuarta en lo Civil y Comercial de Córdoba (29).

Entonces, el título de crédito generado en el marco de una relación de consumo no es simplemente un título de crédito: así como la instrumentación del documento pagaré genera una relación jurídica de naturaleza especial (la cambiaria), en el caso de la existencia de una relación de consumo, se trata de una particular obligación cambiaria: una “relación cambiaria de consumo”.

Toda esta temática implicó un fuerte debate doctrinario y diferencial en dónde la mayoría se inclinó por la inhabilidad del título que surge de esta práctica comercial por ser francamente abusiva y que hoy obtiene su reconocimiento y carta de ciudadanía en el anteproyecto que comentamos.

### **VI.3. La regulación del pagaré de consumo**

#### *VI.3.1. El esquema legal*

El texto del art. 91 especialmente dice: “Art. 91.— Pagaré de consumo. Si una obligación de dar dinero emergente de una relación de consumo se instrumenta en un documento pagaré, se regirá por lo establecido en esta ley y subsidiariamente por lo dispuesto en otras normas generales y especiales. En todos los casos se aplica el principio de interpretación más favorable al consumidor.

“Además de los recaudos establecidos en la legislación especial, el documento deberá contener la totalidad de la información exigida en el artículo 85 de la presente ley. La inobservancia de los requisitos mencionados, torna inhábil al pagaré como título ejecutivo; defensa que alcanza a la situación jurídica abusiva. Sin perjuicio de ello, el proveedor podrá acompañar a

su demanda ejecutiva, otros documentos suscriptos por el consumidor, de los que resulte el cumplimiento de la totalidad de las exigencias establecidas en este artículo. Vencida aquella oportunidad procesal, el ejecutante no podrá ejercer la facultad de integrar el título. Lo previsto en esta norma será aplicable al supuesto en que el pagaré de consumo haya sido transmitido a un tercero”.

El primer párrafo del precepto, da nacimiento formal a lo que hoy podemos denominar, gracias a la doctrina y la jurisprudencia que hemos referenciado brevemente como “pagaré de consumo”.

De tal modo, como dice el texto legal, si una obligación de dar suma de dinero emergente de una relación de consumo se instrumenta en un documento pagaré, se regirá por lo establecido en esta ley y subsidiariamente por lo dispuesto en otras normas generales y especiales.

En una palabra, el precepto proyectado reconoce que cuando una obligación dineraria, nacida de una relación de consumo, se instrumenta en un título de crédito denominado pagaré, este documento se rige específicamente por el estatuto del consumidor y no solamente por la legislación cambiaria, por lo cual, podemos afirmar que el anteproyecto reconoce expresamente el pagaré de consumo.

Así, se consolida definitivamente la preeminencia de la regulación consumeril atento a su carácter de derecho constitucionalizado, artículo 42 de la Carta Magna.

En esta línea, la norma establece que “Además de los recaudos establecidos en la legislación especial, el documento deberá contener la totalidad de la información exigida en el artículo 85 de la presente ley...” y de esta forma se tiende a asegurar los derechos del consumidor en orden al derecho de información y de consejo que debe cumplimentar el proveedor.

#### *VI.3.2. La viabilidad de la integración del título*

La redacción del artículo permite preguntarse cómo se conjugan el principio de plenitud cambiaria y la integración del título con los recaudos de los arts. 85 y siguientes del anteproyecto. Dicho de otra forma, el texto en una primera

(29) C4ª Civ. y Com., “Cetti Aldo Aníbal c. César Jorge Oscar, presentación múltiple - ejecutivos particulares - recurso de apelación”, expte. 2642665/36.



alternativa sostiene que la inobservancia de dichos requisitos torna inhábil al pagaré como título ejecutivo.

Ahora bien, a renglón seguido la misma norma habilita lo que se ha denominado integración del título cuando señala que “El proveedor podrá acompañar a su demanda ejecutiva, otros documentos suscriptos por el consumidor, de los que resulte el cumplimiento de la totalidad de las exigencias establecidas en este artículo”.

De esta forma, se conjugan en la redacción del art. 91 las dos posiciones desarrolladas en el Plenario de la Cámara de Azul habilitándose a la postre la integración del título con otros documentos.

En efecto, por un lado, el criterio del Dr. Louge Emiliozzi (compartido por la Dra. Lucrecia Comparato), que termina siendo el minoritario, sostiene que los “pagarés de consumo” instrumentan operaciones de financiamiento en las que deberían cumplirse las exigencias que impone el art. 36 de la LDC, norma de orden público (art. 65) y jerarquía constitucional (art. 42 CN). Ante el incumplimiento de esa norma, el pagaré no puede ser el instrumento hábil para reclamar el cobro. Aduna esa conclusión en que en la mayoría de los casos traídos a juzgamiento lo documentado en dichos pagarés no se condice con lo realmente convenido en el negocio causal, adicionándose intereses excesivos, o capitalizándose los, o vulnerando derechos del consumidor tutelados especialmente en la ley específica que los protege. Entonces, si se admite la habilidad ejecutiva del pagaré de consumo se permite dejar sin efecto la normativa de orden público que protege al consumidor.

En sentido opuesto, el Dr. Jorge Galdós encabeza la postura mayoritaria, apoyada por los Dres. Víctor Peralta Reyes y María Inés Longobardi. Se trata de una posición más ortodoxa, intermedia, que propone la posibilidad de integrar el pagaré con el título causado que le subyace, de modo que de todos modos el juzgador esté en condiciones de verificar si están cumplidos los requisitos del art. 36. Para que ello sea posible, impone dos exigencias ineludibles: a) Que la integración se produzca en primera instancia y antes de la sentencia de trance y remate; y b) Que se otorgue intervención en

tal actividad integradora del negocio causal al consumidor pretensamente ejecutado.

Esta última es la posición que se asume en el texto del artículo 91 del Anteproyecto en cuanto habilita que juntamente con la demanda ejecutiva “se acompañe sin perjuicio de ello, el proveedor podrá acompañar a su demanda ejecutiva, otros documentos suscriptos por el consumidor, de los que resulte el cumplimiento de la totalidad de las exigencias establecidas en este artículo”.

En idéntico sentido se ha dicho que “con relación a la posibilidad del acreedor de integrar el título en los pagarés de consumo, que dicha facultad podría incluso llegar a ejercerse con la contestación de la excepción de inhabilidad de título, posibilidad que se apartaría del criterio cambiario clásico, pero que atiende a las singularidades que presentan estas ejecuciones, en las cuales la normativa cambiaría y procesal debe armonizarse con la ley de defensa del consumidor, siguiendo el criterio sentado por nuestro Superior Tribunal provincial (Dec. 5965/63, art. 101 ss. y concs.; arts. 521, 523, 542 del C.P.C.C.; arts. 1, 2, 36, 37 de la ley 24.240 —reformada por la ley 26.361—). Con palabras de la Suprema Corte ‘resulta necesaria una integración armónica entre los institutos del derecho mercantil y del consumo, toda vez que los caracteres de necesidad, formalidad, literalidad, completitud, autonomía y abstracción del título, que posibilitan de ordinario el cumplimiento de sus funciones propias, económicas, jurídicas e incluso su rigor cambiario procesal, deben ser armonizados con las exigencias del interés público en la defensa del consumidor’ (SCBA, c. 109.305, del 1/9/10 ‘Cuevas...’; c. 117.930, del 7/8/13, ‘Carlos Giudice SA...’; la integración del título ejecutivo había sido admitida en un precedente de esta Sala, causa 58.067, del 6/11/2013, ‘Neiendam...’ —voto del Peralta Reyes— aunque allí la cuestión se resolvió dentro del marco del Dec. 5965/63; por su parte, la sala I de este tribunal dejó abierta la posibilidad de integrar los pagarés de consumo con documentación adicional en las causas 57.142, del 28/5/2013 ‘Bazar Avenida SA c. Ligore’; 58.054, del 28/11/2013, ‘Bazar Avenida c. Pérez’, entre otras). De este modo, el pagaré se integra con la documental adicional del crédito de consumo, formando un título complejo que permite com-

patibilizar la legislación cambiaria con las previsiones protectorias del consumidor” (30).

Cabe preguntarse ¿Quiénes pierden? Sin lugar a dudas, quienes ejercen la actividad financiera para el consumo sin informar adecuada y suficientemente al consumidor. Ello por cuanto, de haber informado suficientemente —en cumplimiento de la Constitución Nacional— podrían acompañar sin problema alguno el documento respaldatorio de la operación y así integrar el título para su ejecución. En este sentido, con toda agudeza Álvarez Larrondo señala con toda agudeza que “...el problema son las tasas usurarias, el problema son las técnicas de financiación predatorias como los pagarés que contienen los intereses de treinta y seis meses y se ejecutan a los cinco” (31), situaciones todas estas que pueden ser perfectamente evitables, de otorgarle la posibilidad a los Magistrados de controlar las condiciones negociales.

### VI.3.3. Oportunidad de la integración del título

En esta inteligencia, cabe destacar que, la documentación integrativa debe ser acompañada en oportunidad de la demanda pues, el texto legal así lo señala, agregando que “Vencida aquella oportunidad procesal el ejecutante no podrá ejercer la facultad de integrar el título y que lo previsto será aplicable aún cuando el pagaré haya sido transmitido a un tercero”.

De tal manera, la norma si bien habilita la posibilidad de completar el título y/o pagare de consumo con la documentación causal que demuestre que el proveedor ha cumplido con las pautas establecidas en los artículos 85 y 86 en cuanto al deber de información para con el consumidor, este completamiento debe de llevarse a cabo conjuntamente con la demanda.

Cabe preguntarse, si la jurisprudencia puede llegar a flexibilizar este criterio y permitir que también se complete al contestar la excepción de inhabilidad del título en el juicio

ejecutivo o incluso hasta el decreto de “autos” en el juicio ejecutivo.

Este aspecto, también fue analizado detenidamente por el fallo Plenario de la Cámara de Azul y dónde el Dr. Jorge Galdós quien se pronunció en torno a la oportunidad del comportamiento, expresando su opinión en el sentido de que debía ser en primera instancia para no afectar el debido proceso legal, y consecuentemente los derechos del consumidor.

La postura asumida también encuentra fundamentos en los principios generales reglados en el Código Civil y Comercial de la Nación que impone la constitucionalización del derecho privado, el activismo judicial, y la determinación de reglas generales que sirvan al operador para aplicarlas al caso concreto.

Asimismo, declarada la nulidad de la operatoria, cada una de las partes deberá restituir lo oportunamente recibido, sin quedar el crédito impago y el consumidor enriquecido. Podrá luego, en una ulterior etapa de ejecución de sentencia, reclamarse lo oportunamente percibido, descontando lo que el acreedor deba restituir al consumidor.

De este modo, la nulidad del pagaré de consumo y de la operatoria de fondo en caso de que no cumpla esta última con los requisitos respectivos, no importa que el consumidor se vea enriquecido con el dinero recibido, sino que anula el negocio y ordena la mutua restitución.

## VII. Consideraciones finales

De todo lo que hemos dicho se sigue que el Anteproyecto asume el tratamiento de la problemática del crédito para el consumo, postulando la regulación de sus principales aristas y a esos fines establece el principio de préstamo responsable, imponiendo determinadas obligaciones a los proveedores de este tipo de operaciones, ampliando adecuadamente el actual precepto del art. 36 de la actual LDC.

Así, se reglan medidas de corte preventivo vinculadas a la publicidad, al contenido informativo mínimo, a la documentación que se proporcione antes de contratar y en el contrato que se formalice y avanzando del principio de información, al deber de asistencia y asesoramiento.

(30) CCiv. y Com., Azul, sala II, 2/10/2014, “Bazar Avenida SA c. Castro, Oscar Alfredo s/cobro Ejecutivo”.

(31) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “El pagaré de consumo. Tras los muros, sordos ruidos”, DJ del 7/5/2014, p. 19.

En esta línea, se regla el fenómeno de la conexidad contractual en la operatoria de créditos y se establecen presunciones legales a los fines de clarificar la operatoria y el rol de los intervinientes en el negocio de adquisición de bienes y servicio para el consumo.

Resulta relevante el reconocimiento del derecho al pago anticipado y el de arrepentimiento como alternativas de prevención del endeudamiento excesivo.

Desde otro costado, cabe destacar que la existencia y legitimidad de la deuda reclamada, su composición y cuantía son objeto de un control judicial irrenunciable, dándose nacimiento al “pagaré de consumo” y estableciéndose que, si se firma a la par de la documentación causal del negocio, un título de crédito, este debe contener la información mínima que de lo contrario lo torna “inhábil”. Este título puede integrarse con otros documentos, estableciéndose que la documentación complementaria debe agregarse al interponer la demanda, pues

vencida en dicha oportunidad no hay posibilidad de habilitar la ejecución del pagaré de consumo. Cabe destacar tanto el rol del Ministerio Público, como del juez que deben hacer valer el orden público consumeril.

Ahora bien, cabe destacar que toda esta regulación tendiente a tutelar al consumidor implica fundamentalmente una hermenéutica que tenga en cuenta el sistema de principios y valores de todo el ordenamiento y consecuentemente que deje atrás la mirada privatista de los intereses individuales de las personas para dar paso a una perspectiva que tenga en cuenta la dimensión social, todo lo cual se visualiza en el rol preventivo y punitivo de la responsabilidad en el derecho de consumo.

Todo lo dicho implica: *Un cambio de mentalidad* y podemos decir entonces que *la dogmática no alcanza...* que hay que *animarse a ampliar la mirada...* Que hay que *comprender adecuadamente* el avance en el Anteproyecto.



# El pagaré de consumo en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

MARÍA VALENTINA AICEGA (\*)

## I. Introducción

El “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor” (en adelante indistintamente el Anteproyecto) regula en su art. 91 el denominado “pagaré de consumo”, figura que hasta ahora solo ha sido delineada a nivel doctrinario y jurisprudencial, y sobre la que existen importantes discrepancias.

Las discrepancias y también las dificultades que plantea la regulación del pagaré de consumo son consecuencia lógica del encuentro de dos ordenamientos jurídicos con principios propios y en algunos puntos antagónicos. Por un lado, las normas de derecho cambiario que tienen por fin último la protección del tercero portador de buena fe del título (pagaré) a partir de los caracteres de abstracción, autonomía, completitud, literalidad, irrevocabilidad, para lograr un cobro rápido, seguro y certero de la cambial (valores esenciales de la circulación). Por el otro, las normas de derecho del consumo, de orden público, que tienen por finalidad tutelar al consumidor, sujeto débil en la relación de consumo, que en la práctica aparece librando pagarés en el marco de operaciones de crédito o de financiación para el consumo.

Este comentario tiene por objetivo analizar los presupuestos, requisitos, caracteres, efec-

tos, legislación aplicable, prelación normativa y pautas de interpretación del pagaré de consumo que regula el Anteproyecto, para lo cual resulta necesario efectuar con carácter previo un breve análisis del fundamento y los caracteres del pagaré cambiario, así como del pagaré de consumo en la doctrina y la jurisprudencia actual.

## II. Nociones previas: el pagaré (cambiario) en el derecho argentino

### II.1. Su regulación

El pagaré en el derecho argentino se encuentra regulado en el decreto-ley 5965/63 (en adelante indistintamente, LCA). Esta es la ley especial que lo rige, y solo se aplican las normas de la teoría general de los títulos valores que trae el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1834) (1) en forma subsidiaria, cuando no exista una regulación particular o especial sobre ese título valor (función supletoria) o bien se integran esas normas a las regulaciones existentes cuando las normas de la LCA sean insuficientes (función integradora). A su vez, el art. 1834, Código Civil y Comercial, establece un claro límite: no se aplican las normas generales de los títulos valores cuando las leyes especiales prohíban su aplicación, incluso en cuanto ellas se refieran a la obligatoriedad de

---

(\*) Abogada (UNMDP). Magíster en Derecho Empresario por la Universidad Austral. Doctorando en la misma universidad. Directora Ejecutiva de la Maestría en Derecho Empresario de la Universidad Austral desde el año 2009. Coautora de libros sobre contratos comerciales, títulos valores, defensa del consumidor.

---

(1) Art. 1834, Código Civil y Comercial de la Nación: “Aplicación subsidiaria. Las normas de esta Sección: a) se aplican en subsidio de las especiales que rigen para títulos valores determinados; b) no se aplican cuando leyes especiales así lo disponen, incluso en cuanto ellas se refieren a la obligatoriedad de alguna forma de creación o circulación de los títulos valores o de clases de ellos”.

alguna forma de creación o circulación de los títulos valores o de clases de ellos (2).

## II.2. Naturaleza jurídica del pagaré y fundamento de la obligación cambiaria

El fundamento de la obligación cambiaria se explica a partir de las teorías unilateralistas. Dentro de ellas merece especial mención la Teoría de la Declaración Unilateral de Voluntad expuesta por Karl Einert, quien explica: “la fuente de la obligación cambiaria se basa en una declaración unilateral de voluntad, ... tanto el librador al crear la letra de cambio girada (*tratta*) o la letra de cambio a propio cargo (pagaré), como el girado, en la letra girada, al aceptar, o los endosantes al girar cualquiera de los dos títulos cambiarios, exteriorizan y quedan obligados al documentar en ellos mediante su firma sendos actos unilaterales de voluntad, lo cual importa sostener que la fuente de la obligación cambiaria es ajena a toda idea de causa” (3).

Esta teoría fue receptada y consagrada por la Ley Uniforme de Ginebra de 1930, y a partir de allí pasó a las legislaciones que adhirieron a ella expresa o tácitamente, como es el caso del decreto-ley 5965/63 que regula el pagaré en el derecho argentino.

A partir de esta teoría se desarrolló la teoría de la declaración documental que toma como base la declaración unilateral de voluntad, la teoría de la creación y la protección del derecho del tercero portador de buena fe y dice “se entiende que la fuente de la obligación cambiaria es “la declaración documental” que se concreta con el requisito formal y mínimo de la firma del librador, que resulta en su virtualidad obligado cambiario, prescindiendo de la relación extracambiaria que le pudo servir de causa y de que

haya extendido, voluntariamente o no, tal declaración documental” (4).

Es clara la razón jurídica por la cual quedan obligados quienes suscriben un título valor cartular de la especie de los papeles de comercio, lo que se refleja en la forma de vinculación y efectos jurídicos que se plasman entre relación fundamental (o causa fin) y la obligación cambiaria asumida con motivo del libramiento de un pagaré, así como en los caracteres que tiene el pagaré como título valor cartular y papel de comercio. Todo lo cual se encuentra receptado en la legislación positiva.

## II.3. Caracteres esenciales del pagaré como título valor cartular

### II.3.1. Necesario, literal y autónomo

El pagaré es un título valor cartular (o título de crédito), que en el ordenamiento jurídico argentino se define como aquel título que incorpora una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorga a cada titular un derecho *autónomo*, confiriéndole legitimación (art. 1815). Además, el documento es *necesario* para la creación, transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado (art. 1830), de acuerdo con su tenor *literal* (literalidad). La letra del documento determina el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones consignadas en él o en su hoja de prolongación (art. 1831) (5).

El pagaré se halla informado (6) de los caracteres esenciales de los títulos valores cartulares, desde que media una vinculación existencial entre el derecho y el documento (carácter necesario), el derecho sólo puede ser reclamado y atendido en sus términos textuales, con ex-

(2) Conf: AICEGA, Ma. Valentina, Teoría general de los títulos valores (I), en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2016, ps. 747 y 748.

(3) Conf. EINERT, Karl, *Das wechselrecht nach der biffnissen des wechselgesch, fts imjahrhundert*, referencia tomada de la reimpresión hecha en Aelen (Alemania), en 1969.

(4) Para estudiar esta teoría, elaborada por el Dr. Gómez Leo Osvaldo R., se puede ver, entre otras obras, *Tratado del Pagaré cambiario*, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 145.

(5) AICEGA, Ma. Valentina, Teoría general de los títulos valores (II), en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 813.

(6) GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, Ma. Valentina, “Abstracción Cambiaria, Derecho de Consumo y Competencia. Comentario al Fallo Plenario”, *Revista Argentina de Derecho Empresario*, Nro. 10, 30/9/2011, IJ-L-432.

clusión de las convenciones extrañas al documento, que han perdido toda relevancia jurídica (carácter literal)(7), y se considerará nacido de modo originario en cada transmisión, no acumulándose las excepciones y vicios en cada una de ellas (carácter autónomo) (8).

El carácter literal del título implica que el suscriptor queda obligado por lo que escribió, y los términos de su declaración de voluntad prevalecen sobre su intención (9), siendo los efectos trascendentes tanto para el deudor como para el acreedor. De allí que se hable de la bilateralidad de la literalidad.

### II.3.2. Autonomía del derecho (10)

Una característica esencial de los títulos valores que ya ha quedado esbozada es la autonomía. Es el carácter más importante y definitorio de la materia de los títulos valores y, por ende, el que más desarrollo ha tenido dentro de las disposiciones generales (arts. 1815 a 1829) de la teoría general receptada en el Código Civil y Comercial (arts. 1815 a 1881).

Con la autonomía se hace referencia a la independencia del derecho que el título transmite en su circulación a cada nuevo adquirente. Es decir, el derecho se desvincula de la situación jurídica que tenía el transmitente. Cada nuevo adquirente del título recibe un derecho que le es propio, autónomo, sin vínculo alguno con el derecho que tenía el que se lo transmite y, por ende, libre de cualquier defensa o excepción que el obligado pudo haber opuesto al poseedor precedente (11).

(7) Conf. TENA, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano*, México, 1970, p. 326.

(8) Conf. SALANDRA, Vittorio, *Curso de derecho mercantil*, Milano, 1939, p. 137.

(9) Conf. PARODI, Horacio D., *Títulos de crédito. Teoría general y aplicaciones*, 2, *Teoría general*, Buenos Aires, 1988, p. 294.

(10) Sigo los desarrollos que efectué en AICEGA, Ma. Valentina, *Teoría general de los títulos valores (I)*, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, ps. 768 a 777.

(11) Véase YADAROLA, Mauricio L., *Títulos de crédito*, Tipográfica Editora Argentina, 1961, p. 78, con cita de VIVANTE, Césare, *Trattato di diritto commerciale*, 5ª ed., vol. III, nº 953, p. 123.

La adquisición del derecho no deriva del *tradens*, sino que nace, *ex novo*, en cabeza del *accipiens* cuando recibe el título mediante la respectiva tradición, de acuerdo con su ley de circulación; el nuevo titular no es sucesor del sujeto que le transmitió el título, sino que lo adquiere en forma originaria, no derivada (12).

El portador recibe un derecho originario (13), immune. Se trata de una condición de independencia de que goza el derecho incorporado al título, de modo que sobre él no pueden influir los eventuales vicios o deficiencias de que adolecía el derecho en cabeza de quien se lo traspasó (14).

En ese sentido, el art. 1816 (15), Código Civil y Comercial, de modo concordante con el art. 1815, establece que el portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación tiene un derecho autónomo y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores. Asimismo, se dispone que el portador es de mala fe si al adquirir el título procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado.

La razón de ser práctica de la autonomía es la defensa y seguridad de la circulación. Justamente, a partir de la regulación de los títulos valores se superaron los medios tradicionales de la circulación del crédito para proteger sus valores esenciales: seguridad, rapidez y certeza.

El fundamento jurídico o justificación lógica de la autonomía del derecho cartular radica en la postura asumida por el legislador al instituir el sistema regulador de las relaciones cartáceas. En tal sistema se han simplificado las condiciones y requisitos legales de la circulación de los derechos creditorios por medio de los títulos

(12) Véase GÓMEZ LEO, Osvaldo R., en ALTERINI, Jorge (dir.) y ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V, p. 641.

(13) YADAROLA, Mauricio L., *Títulos de crédito*, cit., p. 29.

(14) Al respecto, Tena sostiene lo siguiente: "Más claro: a quien adquiere de buena fe un título de crédito, no pueden oponérsele las excepciones personales que tal vez pudieron oponerse a su causante" TENA, (Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano*, cit., p. 328).

(15) La fuente de este artículo es el 1748 del Proyecto de Código Civil de 1998, que es reproducido en la norma.

valores. Esa regulación específica ha instrumentado los efectos de estos medios técnicos, haciendo de ellos vehículos rápidos, seguros y eficaces, los cuales, superando las funciones que prestaban los medios tradicionales de transmisión de los créditos, los reemplazaron en las transacciones comerciales y bancarias con grandes ventajas, pues están dotados de caracteres especiales a este efecto —necesidad, literalidad y autonomía— y resultan aptos e idóneos para satisfacer las exigencias de la circulación producidas por la dinámica de los negocios (16).

La autonomía desde el punto de vista pasivo se manifiesta en la independencia de las obligaciones asumidas en el título. Si son cartulares, serán las obligaciones de cada uno de sus firmantes. Los deberes y obligaciones de los sucesivos portadores del título están separados, son independientes. Es muy elocuente y útil la expresión doctrinaria “compartimentos estancos” (17) (art. 1823 (18), Código Civil y Comercial y art. 7° (19) del decreto-ley 5965/63).

(16) Véase GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Instituciones de derecho cambiario. Títulos de crédito*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, t. I, p. 121.

(17) GÓMEZ LEO, Osvaldo R., en ALTERINI, Jorge (dir.) y ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado...*, cit., t. V, p. 648.

(18) Sus fuentes son el art. 2297 del Proyecto de Código unificado de 1987, el art. 2297 del Proyecto de la Comisión Federal de 1993 y el art. 1755 del Proyecto de Código Civil de 1998.

(19) Art. 7° del decreto-ley 5965/1963: “Si la letra de cambio llevase firmas de personas incapaces de obligarse cambiariamente, firmas falsas o de personas imaginarias o firmas que por cualquier otra razón no obligan a las personas que han firmado la letra o con el nombre de las cuales ha sido firmada, las obligaciones de los otros suscriptores siguen siendo, sin embargo, válidas”. En el derecho comparado hay disposiciones similares. Así, el art. 627 del Código Comercial de Colombia establece: “Autonomía de la obligación de cada suscriptor. Todo suscriptor de un título valor se obligará autónomamente. Las circunstancias que invaliden la obligación de alguno o algunos de los signatarios, no afectarán las obligaciones de los demás”. Son similares las disposiciones de los arts. 675 del Código de Comercio Costa Rica, el art. 635 del Código de Comercio de El Salvador y el art. 21 de la Ley General de Títulos Valores de Nicaragua.

Desde el punto de vista activo, la autonomía del derecho impide u obsta a la acumulación de vicios sustanciales a lo largo de la transmisión o circulación del título, que opera en los restantes derechos que no califican como títulos valores. Es, consiguientemente, una excepción al principio del *nemo plus iuris ad alium nocere potest quam ipse habet*, receptado en el art. 399 del Cód. Civ. y Com.

La consecuencia de la excepción a la regla de que nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene es la inoponibilidad de defensas o excepciones personales por parte del sujeto obligado frente a quien le intime su cumplimiento.

Se habla por ello de prescindencia subjetiva de las situaciones jurídicas intermedias. Se tendrá únicamente en cuenta la situación del portador legitimado que acredite que cumplió con su ley de circulación (v. gr., al portador, a la orden o nominativo) (arts. 1837, 1838 y 1847 y ss. del Cód. Civ. y Com.).

## II.4. Caracteres esenciales del pagaré como papel de comercio: abstracto, formal y completo

### II.4.1. El pagaré como título abstracto

#### II.4.1.1. La causa fin y la abstracción

Al ser el pagaré un título valor cartular de la especie de los papeles de comercio, el mismo se encuentra informado de los caracteres de abstracción, formalidad y completitud (20). Para comprender el concepto de abstracción, es necesario hacer previamente mención al tema de la causa en materia de los títulos valores.

La causa fuente (21) (arts. 726 y 1800 del Código Civil y Comercial) consiste en el acto por el que se manifiesta la voluntad de obligarse. La causa-fin es la tésis o finalidad económico-jurídica perseguida mediante el acto de voluntad

(20) Conf. WILLIAMS, Jorge N., *La letra de cambio y el pagaré*, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 239.

(21) Sigo los desarrollos que efectué en AICEGA, Ma. Valentina, *Teoría general de los títulos valores (I)*, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2016, ps. 192 a 194.



negocial exteriorizada mediante la firma del obligado (22).

La causa fuente que genera el vínculo no puede faltar en los títulos valores cartulares. Está dada por la declaración unilateral de voluntad, y específicamente por la firma.

Por su parte, la denominada “causa-fin” (en adelante, “causa”, a secas) se identifica con la finalidad económico-jurídica de la creación del título. Las principales teorías sobre la causa de los títulos valores cartulares son las de la convención ejecutiva, el *pactum* de cambiando y la relación fundamental extracartular (23).

La generalidad de la doctrina especializada (24) considera que la causa, tanto de los títulos de crédito abstractos como de los títulos de crédito causales, es la relación fundamental, también designada “relación subyacente” o “relación causal”. En ese sentido, se ha dicho que “la causa de los títulos de crédito sean abstractos o causales, no es otra que la relación jurídica originaria o fundamental en cuya virtud se crea o se transmite el título” (25). Por mi parte, comparto esta última posición. Así,

(22) YADAROLA, Mauricio L., *Títulos de crédito*, cit., ps. 113 y ss., nº 29 y ss.

(23) Mención aparte merece la teoría elaborada por Ascarelli. Para conceptuar la causa de los títulos de crédito, distingue entre títulos de crédito abstractos o títulos de crédito causales. En el primer caso —títulos abstractos— la causa del negocio se fija a través de la convención ejecutiva. Es un negocio bilateral diverso de la relación fundamental, pero que consiste en la función que la cambial debe satisfacer con referencia a la relación fundamental. En el segundo supuesto —títulos causales—, la causa es un negocio declarativo (o declaratorio) mediante el cual se complementa o reconoce o regula un precedente negocio jurídico cualquiera. Mediante el negocio declarativo de reconocimiento se establece un nuevo vínculo jurídico de naturaleza cambiaria que, sin destruir ni eliminar el primitivo, adquiere existencia autónoma (no obstante el análogo contenido económico de ambos) (véase YADAROLA, Mauricio L., *Títulos de crédito*, cit., ps. 153 y 154, con cita de ASCARELLI, Tullio, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione*, año 1932, ps. 256/257).

(24) YADAROLA, Mauricio L., *Títulos de crédito*, cit., p. 163; WILLIAMS, Jorge N., *Consideraciones...*, cit., p. 59; GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Instituciones de derecho cambiario. Títulos de crédito*, cit., t. I, p. 170.

(25) YADAROLA, Mauricio L., *Títulos de crédito*, cit., p. 164.

si hablamos de pagarés librados en el marco de una relación de consumo (v.gr. por el saldo adeudado en una compraventa de consumo), la causa fin del libramiento de ese título es un contrato de consumo.

Los títulos valores abstractos son aquellos en los que la causa, aun cuando exista, resulta en principio jurídicamente irrelevante a los fines cartulares.

El instrumento que documenta la declaración unilateral de voluntad vinculante desde el punto de vista del derecho cartular para quien la refrenda con su firma se comporta como negocio abstracto. Contiene un crédito abstracto en el doble sentido de la palabra: el crédito originado en el título existe independientemente del “crédito causal” que le sirve de base y, a su vez, representa un crédito “incolore”, una llamada “promesa de suma o cantidad” (26) (carácter abstracto). Los típicos títulos valores abstractos en nuestro ordenamiento jurídico son el pagaré, la letra de cambio y el cheque.

#### II.4.1.2. Distinción entre la abstracción absoluta y la relativa

La abstracción es absoluta ante el tercero portador de buena fe o entre sujetos no vinculados directamente en el nexa cartular. Solo tiene carácter relativo entre sujetos obligados cartulares directos o inmediatos en el título, pues entre estos sujetos se puede hacer valer la causa de la obligación (art. 18, LCA), siempre que no existan limitaciones de carácter procesal como sucede en el juicio ejecutivo.

Por ser la abstracción cambiaria sustancial absoluta ante el tercero portador de buena fe del pagaré o entre sujetos no vinculados directamente en el nexa cambiario, es importante evidenciar los supuestos en que es posible oponer (en el marco de la normativa de fondo) a dicho tercero portador o sujeto no vinculado directamente en el nexa cambiario, en su carácter de requirente del pago, excepciones fundadas en las relaciones personales existentes con el

(26) Al respecto, se ha dicho lo siguiente: “Por lo tanto, la letra es también abstracta, en el sentido en que lo es la promesa de deuda y el reconocimiento de deuda” (HUECK, Alfred y CANARIS, Claus-Wilhelm, *Derecho de los títulos valor*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 47).

obligado cambiario que transmitió el título; a saber: 1) transmisión del pagaré con efectos extracambiaris (v.gr., vía cesión de créditos —art. 22, ap. 1, *in fine*, LCA—, endoso posterior a los dos días hábiles de vencido el título, art.21, LCA), pues en estos casos se está ante una transmisión derivada, no opera la autonomía propia del título y se acumulan excepciones, 2) endoso en procuración, pues el mismo tiene los efectos del mandato, y por ende carece de efectos plenos al estar suprimido el traslativo y vinculante, y restringido el efecto legitimante, 3) casos de los denominados endosos anómalos-por no ser en realidad tales-respecto del endosatario; en lo que aquí interesa, endoso fiduciario y simulado, siempre que se pruebe la existencia de fiducia y simulación, respectivamente, 4) los casos que encuadran en la parte final del art. 18, LCA, mala fe o culpa grave.

### II.5. Formalidad y completitud

El pagaré es rigurosamente formal, en el sentido de que la forma constituye su propia sustancia, (27) actuando tal elemento como requisito constitutivo del mismo (28). Reviste, a la par, carácter completo, ya que tanto el derecho del portador legitimado del pagaré como la responsabilidad cambiaria de cada uno de los firmantes resultan exclusivamente del título, sin ninguna referencia a los documentos o a otros elementos extraños al mismo (29), y en caso de que en su texto se exigiera esa mención, ella sería irrelevante cambiariamente.

Sentado ello, corresponde destacar el rigor cambiario que informa y emana de los papeles de comercio, el que puede ser estudiado desde un triple punto de vista: 1) Rigor cambiario formal, teniendo en cuenta las estrictas formalidades documentales a que se halla sujeto el pagaré para ser considerado tal, v.gr., los requisitos extrínsecos establecidos en el art. 101, LCA, que

tienen carácter constitutivo. Este rigor formal se exige para que se cumplan los otros atributos de la obligación cambiaria. 2) Rigor cambiario sustancial, establecido en el sistema cambiario respecto de cómo puede exigirse el derecho subjetivo (cambiario) contenido en el pagaré, y los deberes, obligaciones o cargas que, como correlato, debe cumplimentar su portador para que su derecho no sufra perjuicio o caduque. 3) Rigor cambiario procesal, establecido para demandar en justicia el referido derecho subjetivo cambiario, mediante un procedimiento rápido y eficaz que facilite el cobro del importe del título en una ejecución forzada individual (juicio ejecutivo), en la que se limitan las defensas oponibles por parte de los sujetos pasivos que garantizan el pago del título cambiario.

### III. La noción del pagaré de consumo en la doctrina y la jurisprudencia

El denominado pagaré de consumo es un pagaré librado teniendo como causa fin una relación de consumo (v.gr., saldo de precio de una compraventa de consumo, suma adeudada en un mutuo de consumo, saldo de una financiación otorgada en una operación de consumo). Del concepto se extrae el problema de base que plantea el tema: mientras en materia de pagaré de consumo es decisivo el elemento causa-fin, en materia cambiaria es irrelevante jurídicamente la causa-fin por el carácter de título abstracto del pagaré (cambiario). Al menos esto es así entre obligados cambiarios indirectos (art. 18, decreto-ley 5965/63).

Ahora bien, no solo la abstracción, sino también la generalidad de los principios y caracteres esenciales de los títulos valores cartulares de la especie de los papeles de comercio hasta aquí analizados se ven afectados cuando se utiliza el pagaré en el marco de una relación de consumo y se inicia un juicio ejecutivo, pues en esa utilización del pagaré (desde el punto de vista sustancial) confluyen las normas y principios de defensa del consumidor (ley 24.240 y modificatorias, Constitución Nacional, Código Civil y Comercial de la Nación) con las normas de derecho cambiario (dec.-ley 5965/63 y las normas generales de los títulos valores cartulares) y sus principios.

Partiendo de la consideración de la pertinencia (o no) de analizar la causa fin en materia de

(27) TENA, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano*, cit., p. 473: "Faltando esa forma, o siendo defectuosa, el contenido carece del valor jurídico que se buscaba, porque la ley ha querido condicionar su existencia a la existencia de la forma".

(28) Conf. CÁMARA, Héctor, *Letra de cambio y vale o pagaré*, Buenos Aires, 1970, p. 329.

(29) Conf. SALANDRA, Vittorio, *Curso de derecho mercantil*, cit., p. 215.

pagaré de consumo las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales se centran en tres temas principales: i) la competencia del juez del domicilio real del consumidor (librador del título) para las operaciones de crédito para consumo o de financiación para el consumo cuando la acción es iniciada por el proveedor o prestador, pues la misma es establecida por el art. 36, LDC, disponiendo la nulidad de cualquier pacto en contrario ; ii) la validez del título que no cumple con los requisitos establecidos bajo pena de nulidad en el art. 36, LDC, para las operaciones de crédito para consumo o de financiación para el consumo, y relacionado con esto la posibilidad (o no) de cumplir estos requisitos en el título o fuera de él; iii) La aplicabilidad (o no) al tercero portador de buena fe, en tanto obligado indirecto en el nexa cambiario, de los criterios mencionados en i) y ii). También se discute si la incompetencia e invalidez del título pueden declararse de oficio.

Parte de la doctrina (30) sostiene la incompetencia del juez de un domicilio distinto al real del consumidor, la invalidez del pagaré que no reúne los requisitos del art. 36, LDC, y hasta la posibilidad de la declaración de nulidad (absoluta) e incompetencia de oficio.

En una posición intermedia otros autores (31) rechazan la posibilidad de declaración de la nulidad de oficio, aunque entienden admisible que, solo a pedido de parte interesada, se intime al actor a presentar la documentación de la relación causal a efectos de acreditar el cumplimiento del art. 36 de la ley 24.240. Empero, se pone de relieve que (32) el problema no es el pagaré (o cheque) sino la limitación de excepciones propia del proceso ejecutivo, pues es claro que la acción cambiaria, como concepto

(30) CHOMER, Héctor E., "La defensa del consumidor y la adecuación de las normas procesales", Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE), La Ley nro. 4, agosto 2012, p. 345; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "Pagaré de consumo y otros títulos ejecutivos: incompetencia e invalidez", DCCyE 2015 (febrero), 24/2/2015, 147, LL 12/3/2015, 12/3/2015, p. 4, LL 2015-B-60, AR/DOC/4599/2014; entre otros.

(31) PAOLANTONIO, Martín, "Reflexiones adicionales sobre el pagaré de consumo", LLC 2015 (diciembre), p. 1169, AR/DOC/4102/2015.

(32) PAOLANTONIO, Martín, "Monólogo de fuentes: el pagaré de consumo", LL 2015-C-823.

de derecho sustancial, es totalmente compatible con la discusión causal entre vinculados directos en cualquier tipo de proceso. En la posición que comentamos, finalmente se destaca que el "diálogo de fuentes" exige compatibilizar y no aniquilar segmentos del ordenamiento jurídico que tienen una jerarquía constitucional análoga. Así, el núcleo conceptual central del concepto de título valor (la exclusión de excepciones, autonomía o posición independiente del tercer adquirente) debe ser preservado a menos que exista una situación fáctica que, con el respaldo de normas jurídicas vigentes y de concreta aplicación, justifiquen una solución diferente (33).

Por su parte, la doctrina cambiaria más ortodoxa se ha pronunciado sobre el tema de la incompetencia del juez de un domicilio distinto al real del consumidor al comentar el plenario de la Cámara Nacional Comercial al que me refiero más abajo, exponiendo una postura restrictiva al respecto (34).

(33) PAOLANTONIO, Martín, "Reflexiones adicionales sobre el pagaré de consumo", LLC 2015 (diciembre), p. 1169, AR/DOC/4102/2015: "Dicho en otros términos, si las excepciones derivadas del art. 36 de la ley 24.240 tienen naturaleza causal o personal, el tercero ha de resultar inmune a ellas, en virtud de las normas generales y particulares de los títulos valores que requieren para la comunicación de este tipo de defensas: a) la existencia de una conducta dolosa en la adquisición; o b) la presencia de las circunstancias que hacen viable la oposición de una excepción de tráfico. Fuera de esos casos, ese tercero tendrá el carácter de portador protegido, y, por ende, inmune frente a una posible deficiencia en el cumplimiento de las exigencias de contenido e información del art. 36 de la ley 24.240".

(34) GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, Ma. Valentina, "Abstracción Cambiaria, Derecho de Consumo y Competencia. Comentario al Fallo Plenario", Revista Argentina de Derecho Empresario, Nro. 10, 30/9/2011, IJ-L-432:" "...desde la óptica sustancial en la que se ha centrado el comentario a la primera cuestión planteada, a partir de la citada jerarquía y efectuando una interpretación sistemática, armonizante de las normas y principios involucrados, entendemos que resulta aplicable a los papeles de comercio (específicamente al pagaré) la parte final del art. 36, LDC, que establece la improrrogabilidad de la competencia del juez del domicilio real de consumidor, cuando: I) exista una relación subyacente que sea un contrato de crédito o financiación para consumo, y consiguientemente las partes califiquen como proveedor y consumidor; II) se trate de obligados cambiarios directos; o bien el tercero portador o sujeto no

A nivel jurisprudencial, aspecto que interesa especialmente en este comentario, la primera cuestión planteada en el tiempo fue la competencia.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 1/9/2010, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en autos caratulados “Cuevas, Eduardo Alberto c. Salcedo, Alejandro René s/cobro ejecutivo”, resolvió que: “En la ejecución de un pagaré resulta competente el juez del domicilio del ejecutado y no el del domicilio de pago, si el título ejecutado se originó en una operación financiera de consumo, pues resulta aplicable al caso lo establecido en el art. 36 de la ley 24.240, texto según ley 26.361”.

Se sostuvo que “Si bien en el ámbito de las relaciones de financiación para el consumo las limitaciones cognoscitivas propias de los juicios ejecutivos impiden debatir aspectos ajenos al título, es posible una interpretación de la regla establecida en el art. 542 CPCCN acorde con los principios derivados de la legislación de defensa del consumidor”.

Con fecha 14/9/2011, la SCBA en autos “Illarietti, Luis Rodrigo c. Aguirre, Christian Osear s/cobro ejecutivo. Incidente de competencia” (35), falló en el mismo sentido que en el caso “Cuevas” y dejó dicho que una serie ininterrumpida de endosos no puede justificar una solución distinta cuando el ejecutado es consumidor de un crédito de consumo y su domicilio real está indicado en el cartular. Esta ha sido la línea seguida por el superior tribunal de la provincia.

vinculado directo en el nexo cambiario, haya adquirido el pagaré por medios extracambiaris, sea endosatario de un endoso en procuración, o de un endoso fiduciario o simulado, siempre que se pruebe esto, o bien su situación encuadre en la parte final del art. 18, LCA, y así se acredite; y III) surja un conflicto interpretativo entre la normativa consumeril y cambiaria ante un mismo supuesto de hecho, como sucede en el caso en que el lugar de pago que fija la competencia sea diverso al domicilio real del consumidor o de otra forma se haya prorrogado la competencia del juez del domicilio real del consumidor...”.

(35) LLBA, 2012 (marzo), p. 178.

Por su parte, en la Capital Federal, con fecha 29/6/2011, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se autoconvocó a plenario y resolvió por mayoría (36) que “En las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal: 1. Cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución. 2. Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor”. No obstante, la aplicación de este plenario encontró diversos matices (37), y en algunas resoluciones, se arribó a una solución contraria a tenor de las especiales circunstancias de hecho (38).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2013 admitió la declaración de incompetencia de oficio en un caso de ejecución de pagaré con fundamento en el carácter de orden público del art. 36, LDC (39).

La otra cuestión que se plantea a nivel jurisprudencial es la relativa a la validez del pagaré de consumo, especialmente la necesidad o no de que el pagaré librado en el marco de una

(36) Doce jueces votaron por la afirmativa y los cinco restantes por la negativa.

(37) CNCom., sala D, 28/4/2016, “Banco Macro S.A. c. Gómez Luciano s/ejecutivo”, LL Online, AR/JUR/18512/2016.

(38) CNCom., sala A, 14/7/2011, “Sicobex S.R.L. c. Bernoco, Francisco de Asís s/ejecutivo”, LL Online: AR/JUR/46466/2011; “Servicio Electrónico de Pago S.A. c. Cabañogla, Blanca Amanda y otro”, 14/7/2011, LL Online: AR/JUR/46465/2011; “HSBC Bank Argentina S.A. c. Roscigno, Ezequiel Antonio s/ejecutivo”, 14/7/2011, LL Online, AR/JUR/46444/2011; CNCom., sala E, “HSBC Bank Argentina SA c. Ledesma, Juan Manuel s/Secuestro Prendario”, 15/7/2011, LL Online, AR/JUR/46004/2011.

(39) CS, 10/12/2013, “Productos Financieros SA c. Ahumada, Laura s/cobro ejecutivo”. Conf. CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor*, La Ley-Thomson Reuters, 2016, t. I, p. 593, nota 57: “Debe resaltarse, no obstante, que el Alto Tribunal aclaró que ello no era un obstáculo para seguirle reconociendo validez al título que originó la ejecución, de modo que la ejecución cambiaria y los límites cognoscitivos propios de los procesos ejecutivos no quedaban afectados por la decisión”.

relación de consumo exhiba los requisitos del art. 36, LDC, o que se “integre” la ejecución con títulos externos que cumplimenten esos requisitos. También se discutió y se resolvió con distintos alcances la oportunidad procesal para dar cumplimiento a los mismos y hasta su posible declaración de oficio.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, en los autos “Carlos Giudice S.A. c. Ferreyra, Marcos de la Cruz s/cobro ejecutivo” (40) declaró la inhabilidad del pagaré de consumo por violentar el ordenamiento tutelar del consumidor, diciendo: “Efectivamente cuando la pretensión ejecutiva tiene arraigo en una relación de crédito para el consumo, es posible y necesario interpretar las normas procesales, de modo compatible con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios, que es lo que la doctrina considera diálogo de fuentes (...) En el marco del art. 36 de la ley 24.240 —modif. por ley 26.361— se encuentran comprendidas las siguientes operaciones de crédito (v. Capítulo VIII): a) Operaciones financieras para consumo(...) y b) Créditos para consumo —propriadamente dicho— (...) De allí que debe tenerse por cierto que en los pagarés presentados por el ejecutante se han instrumentado operaciones de compraventa de electrodomésticos, omitiéndose acompañar en autos los instrumentos en que se materializó la compraventa, la entrega del recibo o factura con el precio de venta, los pagos efectuados, número de cuotas, intereses y demás previsiones establecidas por el art. 36 de la ley 24.240, modif. por ley 26.361 (arg. arts. 208, 450, 451, 452 y 463 inc. 2 y 3 del Cód. de Comercio) (...) de los pagarés acompañados no puede comprobarse el cabal cumplimiento de los recaudos exigidos bajo pena de nulidad por el artículo 36 de la ley 24.240 —ref. por ley 26.361—”.

La línea fue seguida por la Sala II de la misma Cámara, con fecha 4/12/2012, en los autos “Carlos Giudice S.A. c. Marezi, Mónica Beatriz

(40) CCiv. y Com., Mar del Plata, sala II, 4/12/2012, en los autos “Carlos Giudice S.A. c. Marezi, Mónica Beatriz s/cobro ejecutivo”, LL 2012-F-389; LLBA 2012 (noviembre), p. 1129; RCyS 2012-XII-209; Supl. Doctrina Judicial Procesal 2013 (mayo), 31 con nota de Bárbara Elizabeth Pruski; DJ 8/5/2013, p. 9 con nota de Carlos Lorenzo Illanes; ED 251-298.

s/cobro ejecutivo” (41). Más recientemente la sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, el día 29/9/2015, en autos “HSBC Bank Argentina c. Moreno, Gustavo Horacio y otro/a s/Cobro Ejecutivo” ha considerado que hasta que el legislador no incluya una vía procesal para reclamar el cobro de un pagaré de consumo que permita el margen de discusión que la temática exige, no puede perseguirse el juicio ejecutivo, aun cuando se cumplan con todos los requisitos previstos en el art. 36, LDC, debiendo reclamarse mediante la vía procesal del juicio de conocimiento en estos supuestos (42).

La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul en autos caratulados “HSBC Bank Argentina c. Pardo Cristian Daniel s/cobro ejecutivo”, (Causa N° 1-61380- 2016), en pleno (43), por mayoría, con fecha 9/3/2017 decidió: “El pagaré de consumo puede integrarse con documentación adicional relativa al negocio causal, dentro del mismo juicio ejecutivo, conformando un título complejo que deberá contener

(41) Allí los Dres. Loustaunau y Méndez, confirmaron la invalidez del pagaré de consumo, diciendo el primero, como síntesis de sus profusos fundamentos, que “Siendo inaplicable la normativa cambiaría en el proceso en el cual se ejecuta un pagaré que fue emitido en el marco de una relación de consumo y a favor de una empresa dedicada a la venta de artefactos del hogar, la ejecución debe rechazarse ante la falta de cumplimiento de las exigencias contenidas en el art. 36 de la ley 24.240”. En tanto, el Dr. Méndez afirmó “Es procedente rechazar la ejecución de un pagaré cuyo libramiento se enmarca en una relación de consumo en tanto los caracteres de necesidad, formalidad, literalidad, completitud, autonomía y abstracción del título, que posibilitan de ordinario el cumplimiento de sus funciones propias, económicas, jurídicas e incluso su rigor cambiario procesal, deben ser armonizados con las exigencias del interés público en la defensa del consumidor”, LLBA 2013 (marzo), p. 433; DJ 17/7/2013, p. 72; LLBA 2013 (agosto), p. 725 con nota de Jorge Luis Bilbao).

(42) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor*, La Ley-Thomson Reuters, 2016, t. I, ps. 593 y 594, nota 57.

(43) La convocatoria a plenario se fijó del siguiente modo: ¿Resulta viable la integración dentro del mismo proceso ejecutivo del “pagaré de consumo” con documentación adicional al mismo, de modo de tener por cumplimentados los requisitos exigidos por el régimen de protección al consumidor plasmados en el art. 36 de la ley 24.240 y así resulte hábil como título ejecutivo?

información clara y veraz, y además cumplir con los requisitos previstos en el art. 36 de la LDC para las operaciones de financiación o crédito para el consumo. Dicha documentación debe agregarse en primera instancia, hasta el momento de la sentencia, sin que se admita su integración en la alzada. Los intereses pactados que surjan del título complejo no podrán exceder el límite de la ganancia lícita. Asimismo, resulta oportuno poner en conocimiento del legislador, a la manera de comunicación exhortativa, la conveniencia de regular el denominado pagaré de consumo”.

También se observa este criterio, con distintos matices, en resoluciones de la Cámara Nacional en lo Comercial (44).

Empero, existen algunos pronunciamientos en sentido contrario (45). Entre ellos merecen especial mención algunos fallos de Córdoba; v.gr. Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (46), de la Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (47), de la Cámara 6a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (48). En este

último se resolvió que la sentencia de primera instancia que declaró de oficio la nulidad de un pagaré por incumplimiento de los recaudos previstos en el art. 36 de la ley 24.240 debe revocarse, pues el hecho de que la ejecutante sea una sociedad prestamista y que el demandado sea una persona física no son indicios que permitan presumir una relación de consumo subyacente y que determinen la aplicación de la normativa mencionada y la consiguiente declaración de inhabilidad del título, máxime cuando aquel no compareció a estar a derecho ni invocó la nulidad parcial o total del contrato. Pues, para que se declare la inhabilidad de título en un proceso ejecutivo por infracción al art. 36 de la ley 24.240 resulta primordial que se configure una relación de consumo, la que no puede surgir solamente a partir de las características de persona física del demandado y de proveedor de servicios financieros del actor.

Asimismo, la línea jurisprudencial citada en último término fue seguida en algún caso por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín (49).

(44) CNCom., sala D, 16/5/2017, “Compañía Financiera Argentina SA c. Cardozo, Héctor Fabián SA s/ejecutivo”, RCCyC 2017 (noviembre), 17/11/2017, p. 18, AR/JUR/29040/2017; CNCom., sala F, 19/12/2015, “Banco de Galicia y Buenos Aires SA c. Dayan, Gonzalo s/ejecutivo”, DJ, 22/7/2015, p. 58.

(45) C6ª Civ. y Com. Córdoba, 15/5/2017, “Compañía Social de Créditos SRL c. Heredia, Néstor J. s/ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagarés”, RCCyC 2017 (julio), 3/7/2017, p. 213, AR/JUR/21504/2017. La Cámara revocó el fallo de primera instancia que declaró de oficio la nulidad absoluta del pagaré base de la ejecución fundado en una presunta relación de consumo y en el consiguiente incumplimiento del art. 36 de la ley 24.240.

(46) C2ª Civ. y Com., Córdoba, 25/8/2015, “Banco Hipotecario c. Carranza Pablo s/ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagarés- Recurso de apelación”, LLC, 2015 (diciembre), p. 1169.

(47) C5ª Civ. y Com., Córdoba, 15/7/2015, “Cañete, Sebastián c. Cañada, Adolfo Nemesio y otro s/ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagarés- Recurso de apelación”, LL Online, AR/JUR/29218/2015.

(48) C6ª Civ. y Com., Córdoba, 15/5/2017, “Compañía Social de Créditos SRL c. Heredia, Néstor J. s/ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagarés”, RCCyC 2017 (julio), 3/7/2017, p. 213, AR/JUR/21504/2017. La Cámara revocó el fallo de primera instancia que declaró de oficio la nulidad absoluta del pagaré base de la ejecución

fundado en una presunta relación de consumo y en el consiguiente incumplimiento del art. 36 de la ley 24.240.

(49) Autos “Naldo Lombardi S.A. c. Caporale, Sergio Daniel s/cobro ejecutivo”. La mayoría rechazó la inhabilidad de título opuesta por el ejecutado. La minoría (Dr. Castro Durán) sostuvo “La ejecución basada en pagarés creados en el marco de una relación de consumo en la cual el ejecutante no acompañó los instrumentos en los que se materializó la compraventa debe rechazarse, pues, si bien el art. 542 del Código Procesal impide que se discuta el negocio subyacente que dio lugar a la creación del título ejecutivo, esta normativa no puede erigirse en una valla que impida la defensa del consumidor, impuesta por una ley de orden público que reglamenta un derecho expresamente receptado por la Constitución Nacional... Debe extenderse la aplicabilidad del art. 36 de la Ley 24.240 a las ejecuciones basadas en títulos abstractos creados como consecuencia de operaciones de crédito para consumo, por lo que, para su ejecución, será necesaria la complementación del título con la factura o documento en el que se hubiera instrumentado el negocio subyacente, donde consten los datos exigidos por la norma mencionada, de modo que en el propio proceso ejecutivo pueda examinarse la regularidad de la conformación del monto reclamado, de acuerdo a las pautas brindadas por la legislación consumeril”.

#### IV. El pagaré de consumo regulado en el anteproyecto

##### IV.1. Generalidades

Como se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, el texto asume la regulación del pagaré de consumo, admitiendo que las deudas dinerarias que emergen de la relación de consumo pueden instrumentarse en un título susceptible de integración, con aptitud ejecutiva. Se positiviza así la noción de pagaré de consumo estableciendo sus requisitos, efectos, caracteres, legislación aplicable, prelación normativa y pautas de interpretación.

##### IV.2. Noción de pagaré de consumo

La noción de pagaré de consumo proyectada se estructura a partir de tres presupuestos para su existencia y determinados requisitos para su habilidad como título ejecutivo.

En cuanto a los presupuestos para su existencia, el anteproyecto requiere que: i) se trate de una obligación de dar dinero, lo que resulta acorde con la naturaleza jurídica del pagaré cambiario en cuanto título valor cartular de la especie de los papeles de comercio que es puro o monetario por contener una promesa de dar dinero que implica un reconocimiento de deuda; ii) la causa fin de esa obligación de dar dinero sea una relación de consumo; iii) esa obligación de dar dinero se instrumente en un documento pagaré. Corresponde aclarar que un título para ser un pagaré deberá tener todos los requisitos extrínsecos establecidos en el art. 101, decreto-ley 5965/63.

Por su parte, para que el título tenga habilidad ejecutiva se exige que contenga la información mínima establecida en el art. 85 del Anteproyecto, por lo que, como regla, la inobservancia de los requisitos mencionados, torna inhábil al pagaré como título ejecutivo; defensa que alcanza a la situación jurídica abusiva (Fundamentos del Anteproyecto). Empero, se admite que esa información se pueda integrar por separado al título, estableciendo con precisión la oportunidad procesal para hacerlo.

Se analizan a continuación cada uno de estos presupuestos, requisitos y efectos.

##### IV.2.1. Obligación de dar dinero

La obligación a incorporarse al documento pagaré debe ser una obligación de dar dinero. Tal exigencia es acorde a la naturaleza de título valor cartular que confiere derecho a percibir sumas de dinero que reviste el pagaré. Se trata justamente de uno de los denominados “títulos puros” o “monetarios” (50).

##### IV.2.2. Causa fin: relación de consumo. Inexistencia de abstracción

Contrariamente a lo que ocurre en materia del pagaré regulado en el decreto-ley 5965/63, en el pagaré de consumo es relevante la causa fin del libramiento del título. Y tan relevante es que resulta determinante para su tipificación que el título haya sido librado teniendo como causa una deuda en dinero proveniente de una relación de consumo.

El Anteproyecto define a la relación de consumo como aquel vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor, que puede tener como fuente un hecho o acto jurídico, unilateral o bilateral, una práctica o una técnica de marketing (art. 1). Asimismo aclara que puede resultar de la tipificación legal, de la voluntad individual, o inferirse a través de la interpretación judicial.

En la generalidad de los casos esa relación de consumo que genera una obligación de dar dinero tendrá como fuente un contrato de consumo (operación de crédito o financiación para consumo), oneroso, entre un consumidor y un proveedor (v.gr., compraventa, mutuo, leasing, cuenta corriente, entre otros).

En el Anteproyecto consumidor es toda persona humana o jurídica que adquiere, de modo oneroso o gratuito, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (arts. 1 y 2, Anteproyecto). Si bien el artículo es claro al disponer que quedan alcanzados el consumidor equiparado y el expuesto, parecen supuestos que, *prima facie*, son inaplicables al caso del pagaré de consumo.

Por su parte, el proveedor es la persona humana o jurídica, de naturaleza pública o pri-

(50) MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Ejea, Buenos Aires, 1971, t. VI, p. 230.

vada, que actúa de modo profesional, aun ocasionalmente, desarrollando actividades de producción, prestación de servicios, montaje, creación material o intelectual, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución, comercialización o transporte, destinadas a consumidores o usuarios. No aplican, claro está, las exclusiones legales que trae el art. 4 del Anteproyecto (51).

En el pagaré de consumo el consumidor será el librador del título (art. 101, decreto-ley 5965/63) y el proveedor será su beneficiario o tomador (art. 101, dec.-ley 6965/63). Si éste circuló el beneficiario será el endosatario o cesionario, pero por expresa disposición legal se aplicarán las normas del art. 91 del Anteproyecto.

#### *IV.2.3. Documentación en un pagaré: requisitos extrínsecos*

Es clara la norma en cuanto dispone que la obligación de dar dinero emergente de una relación de consumo se tiene que instrumentar en un pagaré. Por ende, el título desde el punto de vista del derecho cambiario, tiene que reunir todos los requisitos extrínsecos establecidos en el art. 101, LCA. Al momento de la presentación del pagaré al pago el título debe tener todos los requisitos del art. 101, LCA; a saber:

IV.2.3.1. La denominación “vale o pagaré” o, en su defecto, la cláusula “a la orden” (art. 101, inc. 1º, LCA)

Es condición esencial de la existencia del pagaré que en el texto del título se inserte la denominación “pagaré o vale”, expresada en el

(51) “No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello. La exclusión no alcanza al régimen de publicidad, a las prácticas abusivas, a su actividad comercial o a toda otra ajena a su incumbencia profesional. Ante la presentación de denuncias que no se vincularan a los temas alcanzados por esta ley, la autoridad de aplicación informará al denunciante sobre el ente que controle la matrícula respectiva, a los efectos de su tramitación. Al transporte aéreo se aplica el Código Aeronáutico, los Tratados Internacionales de los que la Argentina sea parte, y esta ley, de modo concurrente y de acuerdo a su materia, criterio que se proyecta a la competencia de las autoridades de aplicación” (art. 4, Anteproyecto).

idioma en que ha sido redactada. No admite sinónimos ni expresiones equivalentes. La denominación tiene que integrar el título. La única alternativa respecto de la denominación “vale o pagaré” es la cláusula “a la orden”.

IV.2.3.2. Promesa incondicionada de pago (la promesa pura y simple de pagar una suma determinada, art. 101, inc. 2º, LCA)

Si bien el art. 101, inc. 2º, establece el requisito de que el pagaré contenga una promesa pura y simple de pagar una suma de dinero, la doctrina es pacífica en cuanto a que solo limita el condicionamiento del título pues por su propia naturaleza el pagaré tiene plazo de vencimiento.

La incondicionalidad de la obligación cambiaria significa que ella no puede ser sometida a condición o a contraprestación económica del sujeto, a quien, en definitiva, favorece: es decir, al portador legitimado, v.gr., el beneficiario, si el pagaré no circuló, y al último endosatario, si fue endosado y transmitido (52). Tal incondicionalidad, impuesta por la ley como requisito esencial, surge directamente de la unilateralidad de la promesa obligacional contenida en la cambial, pues si bien las obligaciones bilaterales pueden ser condicionadas, en razón de que basan su existencia en que hay un sujeto pasivo y un sujeto activo, en cambio las unilaterales son siempre incondicionadas, por la inexistencia de este último sujeto al tiempo del perfeccionamiento, lo cual imposibilita la recepción de la condición en ese momento (53).

Ahora bien, en materia de pagaré de consumo la citada incondicionalidad se puede ver conmovida en algún caso por el alcance de los requisitos de información que exige el art. 91.

#### *IV.2.3.3. Objeto de la obligación cambiaria: pago de una suma de dinero (art. 101, inc. 2º)*

El art. 101, inc. 2º, LCA, ha fijado, como principio esencial, que el objeto de la obligación cambiaria sólo puede ser el pago de una suma de dinero indicada con precisión. La suma de dinero debe ser única y no se puede prometer el

(52) GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado del pagaré cambiario*, Depalma, Lexis Nexis, 2002, p. 226.

(53) *Ibidem*, p. 227.



pago en forma fraccionada o en cuotas (art. 35, *in fine*, LCA). Se puede expresar en cifras o en letras (arg. art. 6º, LCA), en moneda nacional o extranjera.

#### IV.2.3.4. Vencimiento del pagaré: plazo de pago (art. 101, inc. 3º)

La ley cambiaria prevé exclusivamente cuatro tipos de vencimiento en el art. 35. Dos denominadas relativos y dos absolutos. Los relativos (a la vista y a cierto tiempo vista) son aquellos que dependen de un hecho como es la presentación al pago, que es una carga que debe llevar a cabo el tenedor. Por su parte los absolutos (a determinado tiempo de la fecha y a día fijo) son aquellos en los que la fecha de vencimiento está determinada *ab initio*.

El plazo debe ser *legal* (porque no puede ser otro que alguno de los permitidos taxativamente por el art. 35, LCA), *único* (porque teniendo en cuenta la indivisibilidad de la letra, no se puede establecer vencimientos sucesivos, escalonados o diversos, art. 35, *in fine*, LCA), *preciso* (porque no puede depender del acaecer de un hecho posible pero incierto), *posible* (vencimiento posterior a la fecha de libramiento de la letra, o día existente en nuestro calendario) (54).

#### IV.2.3.5. Lugar de pago (art. 101, inc. 4º)

Es suficiente designar un lugar en sentido geográfico (es decir, una ciudad, pueblo o paraje). El requisito es que sea real, existente. La importancia de determinar precisamente el lugar surge de la propia finalidad de este requisito formal, que entre otras son (55):

a) la presentación al pago, y si el pagaré fuera librado a cierto tiempo vista, será necesario para presentarlo para “la vista”, a partir de lo cual corre el “tiempo vista” que concluido hará vencer el título (art. 104, LCA).

b) el levantamiento de protesto útil ante la falta de pago, total o parcial del pagaré, o de la negativa del suscriptor a firmar “la vista” en el segundo caso de los mencionados en el párrafo anterior. Sin embargo lo que concierne al tema que se trata en este estudio es la determinación de la competencia judicial para:

c) ejecutar la obligación cambiaria contenida en el título insatisfecho

d) igualmente, para la competencia para realizar el pago por depósito judicial que determina el art. 45, LCA., del importe documentado en el título no presentado oportunamente al pago; es decir, cuando hubiera *mora credendi*.

e) Asimismo efectuar tanto la petición de cancelación del pagaré, en caso de robo, pérdida, extravío o destrucción, como la correspondiente oposición al auto de cancelación que se dicte, por parte del nuevo portador legitimado de buena fe que adquirió a *non domino*, el pagaré que se pretende cancelar (arts. 89 y ss. LCA). Ahora bien, todos estos extremos se ven conmovidos ante la aplicación del Anteproyecto, pues el art. 164 del mismo establece bajo pena de nulidad la competencia del juez del domicilio real del consumidor.

IV.2.3.6. Nombre del tomador o beneficiario, salvo que se trate de un pagaré emitido o endosado para su negociación en mercados registrados ante la Comisión Nacional de Valores, en cuyo caso este requisito no será exigible (art. 101, inc. 5º).

Pueden ser uno o más beneficiarios (en el caso de pagaré de consumo, proveedores). Si fueron designados en forma conjunta, tienen que actuar de este modo. Se puede consignar la denominación social, si es una persona jurídica, o el nombre y apellido del beneficiario, si éste es una persona humana. También se lo puede identificar de otro modo si esa designación es inequívoca.

IV.2.3.7. Lugar y fecha de creación (art. 101, inc. 6º)

La especificación del lugar de creación es relevante pues la validez del pagaré estará determinada por la existencia de los requisitos extrínsecos esenciales y estos se rigen por las leyes

(54) *Ibidem*, p. 236.

(55) GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado del pagaré cambiario*, Depalma, 2002, Lexis Nexis, p. 239; GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, Ma. Valentina, “Abstracción Cambiaria, Derecho de Consumo y Competencia. Comentario al Fallo Plenario”, *Revista Argentina de Derecho Empresario*, Nro. 10, 30/9/2011, IJ-L-432.

del lugar de su libramiento (*locus regit actum*). En el pagaré, a diferencia de la letra de cambio, no existe suplencia legal para el caso de omisión del lugar de creación.

También es un requisito extrínseco la fecha de creación. Esta es especialmente importante pues determina la capacidad del librador; si se hallaba concursado, quebrado o no; el vencimiento del pagaré, si este fue librado a días o meses de la fecha de creación o a la vista o a cierto tiempo vista; los tres años de que dispone el portador del pagaré en blanco para completarlo (art. 11, LCA).

Se puede indicar la fecha de creación poniendo día, mes y año, o de otra forma en la que la designación resulte inequívoca (ej. Noche buena de 2019).

#### IV.2.3.8. Firma del librador

La firma debe ser de puño y letra del librador (o de su representante) y como usualmente lo hace el firmante. Si el instrumento fuere generado por medios electrónicos, y el acreedor fuera una entidad financiera comprendida en la ley 21.526 y sus modificatorias, y/o cuando sea negociado en mercados bajo competencia de la Comisión Nacional de Valores, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad del suscriptor y la integridad del instrumento. (Inciso sustituido por art. 121 de la ley 27.444, BO 18/6/2018).

Tan esenciales son los requisitos citados que para el supuesto de que falten algunos de los la ley establece suplencias legales (art. 102, LCA); a saber:

a) El vale o pagaré en el cual no se ha indicado el plazo para el pago se considera pagable a la vista.

b) A falta de indicación especial, el lugar de creación del título se considera lugar de pago y, también, domicilio del suscriptor.

A estos requisitos extrínsecos, manifestación del rigor cambiario formal, se adicionan la obligación de informar en el título (o fuera de él) los extremos que se analizan seguidamente.

*IV.2.4. Cumplimiento del deber de información en el título o fuera de él para su habilidad ejecutiva: quid del carácter completo, abstracto y de la naturaleza irrevocable de las declaraciones unilaterales*

#### IV.2.4.1. Requisitos de información en el título

El pagaré de consumo para resultar un título ejecutivo hábil tiene que cumplir con los requisitos hasta aquí descriptos y, además, con los requisitos de información en el título o fuera de él, que se señalan en el art. 85 del Anteproyecto, norma similar al actual art. 36, LDC.

Se exige que el título contenga la información mínima establecida en la norma citada por lo que, como regla, la inobservancia de los requisitos mencionados, torna inhábil al pagaré como título ejecutivo; defensa que alcanza a la situación jurídica abusiva (Fundamentos del Anteproyecto).

A esos fines debe especificar en forma clara y precisa:

1. Que la operación corresponde a la cartera de consumo, en forma destacada;
2. El nombre o razón social y domicilio del proveedor de crédito y, en su caso, del intermediario;
3. La descripción del bien o servicio objeto del contrato cuyo precio se financia, en su caso;
4. El monto total del crédito o del precio del bien o servicio a financiar;
5. El monto total adeudado o financiado, incluyendo el costo financiero total;
6. El monto a desembolsar inicialmente y el monto financiado;
7. La tasa de interés efectiva anual, y si es fija o variable;
8. El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses;
9. La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar;
10. Las comisiones, gastos y cualquier otro concepto que integre el total adeudado;

11. Los costes por servicios accesorios, como seguros, si los hubiere;

12. La duración del contrato de crédito;

13. El derecho de revocación o arrepentimiento y las condiciones de su ejercicio;

14. El derecho al pago anticipado del crédito o la financiación, total o parcial, y las condiciones de su ejercicio.

Del análisis de estos requisitos se extrae que en el pagaré de consumo nada queda de la abstracción característica del pagaré y de los papeles de comercio en general. Justamente el análisis de la causa está presupuesto o contenido en la generalidad de los incisos transcritos; v.gr. el monto total adeudado o financiado, incluyendo el costo financiero total; la descripción del bien o servicio objeto del contrato cuyo precio se financia, en su caso; los costes por servicios accesorios, como seguros, si los hubiere; la duración del contrato de crédito.

Asimismo, se dispone entre los requisitos de información a consignar en el pagaré el derecho de revocación o arrepentimiento y las condiciones de su ejercicio. Del establecimiento de este requisito en el pagaré se extrae la posibilidad no solo de revocación o arrepentimiento por el consumidor del contrato de consumo sino también del pagaré que se ha librado teniendo como causa fin esa relación de consumo. De este modo se le “transfiere” al pagaré otro rasgo ajeno a la materia cambiaria como es la revocabilidad de la promesa de pago. Téngase presente que toda declaración unilateral de voluntad es por naturaleza no recepticia e irrevocable.

En efecto, en materia cambiaria (56) a partir de la exteriorización de la declaración unilateral de voluntad incorporada al título valor nace un vínculo jurídico-obligacional (57), pues tal de-

(56) Sigo los desarrollos efectuados en AICEGA, Ma. Valentina, *Teoría general de los títulos valores (I)*, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, ps. 766 y 767.

(57) Hago referencia en este punto a la declaración unilateral de la voluntad como fuente de la obligación. Sin embargo, reitero que genera controversias que los títulos valores se hayan regulado como fuentes de

claración es *no recepticia*. Es decir, no requiere para su perfeccionamiento, validez y eficacia jurídica de la voluntad del sujeto, determinado o indeterminado, a quien se dirige o favorece. El carácter no recepticio y la consiguiente irrevocabilidad implican que, una vez que el sujeto obligado ha exteriorizado la declaración unilateral de voluntad en tal sentido, su retractación carece de efectos jurídicos (58). La nota característica de la promesa unilateral contenida en un título valor es su obligatoriedad, aun sin que intervenga y le dé aceptación el destinatario o sujeto a quien favorece (59). La revocabilidad de la obligación incorporada haría inviable la circulación eficiente del crédito, al poner en cabeza del adquirente un riesgo prácticamente imposible de controlar (60). Como claramente la protección de la circulación y del tercero portador de buena fe no es la finalidad del pagaré de consumo regulado en el Anteproyecto, se prevé la posibilidad de su revocación.

IV.2.4.2. Requisitos de información fuera del título. Inexistencia del carácter de completividad. Oportunidad

Se admite que el título pueda integrarse con otros documentos firmados por el consumidor de los que surja el cumplimiento de la totalidad de los requisitos impuestos por los arts. 91 y 85 del Anteproyecto. De este modo se deja de lado otro de los elementos esenciales de los títulos valores cartulares de la especie de los papeles de comercio, como es la *completividad* que exige que la totalidad de las constancias necesarias para determinar el alcance del derecho incorporado estén contenidas en el título.

obligaciones separadas de la declaración unilateral de voluntad. No obstante, existen normas —como el art. 1850 del Código Civil y Comercial, referido a títulos desmaterializados— que solo hacen mención a la declaración unilateral de voluntad.

(58) Véase GÓMEZ LEO, Osvaldo R., en ALTERINI, Jorge (dir.) y ALTERINI, Ignacio (coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado...*, cit., t. V, p. 785.

(59) MESSINEO Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, cit., p. 234.

(60) PAOLANTONIO, Martín E., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), DE LORENZO, Miguel F. y LORENZETTI, Pablo (coords.), *Código Civil...*, cit., t. VIII, p. 763.

Por otra parte, en los Fundamentos del Anteproyecto se hace notar que con la finalidad de estimular prácticas leales y la buena fe procesal, se impone al ejecutante que pretenda integrar el título base de la ejecución aportar la documentación complementaria en oportunidad de interponer la demanda ejecutiva. Vencida aquella oportunidad procesal precluye el ejercicio de aquella facultad.

Ahora bien, como el objetivo de tal limitación temporal es desalentar ejecuciones en las que pueda especularse con la posibilidad de que el consumidor ejecutado no se presente o no oponga excepciones, o que sólo en caso de hacerlo, el ejecutante ofrezca el total de los elementos que permitan juzgar la procedencia de la acción ejecutiva intentada (61), se entiende que en rigor el límite temporal para integrar el título debería ser el momento de notificación de la demanda.

#### ***IV.3. Aplicabilidad a obligados cambiarios directos e indirectos: inexistencia de abstracción sustancial entre obligados cambiarios indirectos y autonomía***

Con la finalidad de evitar las prácticas distorsivas de transferir (endosar) el pagaré a un tercero extraño a la relación de consumo con la finalidad de sortear la oposición de la relación de consumo y la aplicación de la ley de defensa del consumidor, el art. 91 del Anteproyecto establece que todo lo previsto en esta norma será aplicable al supuesto en que el pagaré de consumo haya sido transmitido a un tercero.

Así la norma establece la inexistencia en el pagaré de consumo de la abstracción cambiaria absoluta que impide oponer la causa de libramiento entre obligados cambiarios indirectos, art. 18, decreto-ley 5965/63, y del principio de autonomía por el cual el derecho nace *ex novo* en cada transmisión y no se acumulan vicios y excepciones en las anteriores transmisiones, arts. 7 y 18, decreto-ley 5965/63.

#### ***IV.4. Legislación aplicable. Principio de interpretación***

El art. 91 del Anteproyecto establece el orden de prelación de las normas aplicables, ra-

tificando además el principio de interpretación más favorable para el consumidor. El pagaré de consumo se regirá por lo dispuesto en el Anteproyecto de ley de defensa de consumidor. Solo subsidiariamente, es decir, para el caso de que no haya una solución al respecto y siempre, claro está, que la disposición que se integre sea compatible con la solución de la ley de defensa del consumidor, el pagaré de consumo se regirá por lo dispuesto en otras normas generales y especiales.

Esa norma general que menciona el art. 91 en análisis en el ordenamiento jurídico argentino es el Código Civil y Comercial de la Nación. Dentro del citado ordenamiento general habrá que considerar específicamente las normas sobre títulos valores (arts. 1815 a 1881) y dentro de ellas el art. 1834 (62), Código Civil y Comercial de la Nación, que establece que los títulos valores determinados (en el caso el pagaré) se rigen en primer lugar por las leyes especiales (en el caso el decreto-ley 5965/63) y solo subsidiariamente por las normas generales sobre títulos valores que trae el Código Civil y Comercial.

A partir de lo analizado se concluye que el orden de prelación de normas que rigen el pagaré de consumo será:

1) Ley de defensa de defensa del consumidor (Anteproyecto) y todo el sistema de protección del consumidor. A esos efectos habrá que tener en cuenta la pauta que trae el art. 28 del Anteproyecto sobre el diálogo de fuentes, que expresamente dice: "Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de

(62) "Aplicación subsidiaria. Las normas de esta Sección: a) se aplican en subsidio de las especiales que rigen para títulos valores determinados; b) no se aplican cuando leyes especiales así lo disponen, incluso en cuanto ellas se refieren a la obligatoriedad de alguna forma de creación o circulación de los títulos valores o de clases de ellos".

(61) Fundamentos del Anteproyecto.

lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen.”

2) Subsidiariamente, otras normas generales y especiales, en cuanto fueren compatibles y en el siguiente orden de prelación: i) decreto-ley 5965/63; ii) en subsidio, normas generales de los títulos valores que contiene el Código Civil y Comercial de la Nación.

Asimismo, el art. 91 del Anteproyecto expresamente establece que en todos los casos se aplica el principio de interpretación más favorable al consumidor. En orden a la amplitud de la norma, y sin perjuicio de la valoración de esta disposición, parece claro que este principio se aplicará aun en el supuesto que haya que interpretar una disposición del decreto-ley 5965/63.

#### ***IV.5. Competencia: domicilio real del consumidor***

El Anteproyecto destina un capítulo a la regulación de aspectos procesales. Dentro de los mismos, dada la problemática planteada en torno a la competencia en materia de pagarés librados en el marco de una relación de consumo (63), merece especial mención el art. 164. Allí se establece que en las acciones judiciales de consumo promovidas por el proveedor (en el caso, beneficiario o endosatario de un pagaré de consumo) será juez competente el del domicilio real del consumidor. Además, se establece expresamente la nulidad de cualquier pacto en contrario, que implique la prórroga de la competencia. De modo que de forma expresa el Anteproyecto se aparta de la normativa especial de pagaré que dispone que la competencia queda determinada por el lugar de pago.

#### **V. Conclusión**

El Anteproyecto regula el pagaré de consumo y crea un nuevo título ejecutivo, que tiene caracteres, presupuestos, requisitos, efectos y re-

glas de interpretación propios y diversos a los del pagaré cambiario.

El pagaré de consumo en el Anteproyecto es aquel documento pagaré al que se incorpora una obligación de dar dinero que emerge de una relación de consumo. Los presupuestos para su existencia, son: i) se trate de una obligación de dar dinero, lo que resulta acorde con la naturaleza jurídica del pagaré cambiario en cuanto título valor cartular de la especie de los papeles de comercio que es puro o monetario por contener una promesa de dar dinero que implica un reconocimiento de deuda; ii) la causa fin de esa obligación de dar dinero sea una relación de consumo; iii) esa obligación de dar dinero se instrumente en un documento pagaré (cambiario), y un título para ser un pagaré debe tener todos los requisitos extrínsecos establecidos en el art. 101, decreto-ley 5965/63. Se ha analizado cada uno ellos y se ha señalado aquellos que se ven afectados por la nueva regulación (v.gr., la incondicionalidad de la promesa de pago, el lugar de pago).

Por su parte, para que el título tenga habilidad ejecutiva se exige que contenga la información mínima establecida en el art. 85 del Anteproyecto. La inobservancia de esta norma torna inhábil al pagaré de consumo como título ejecutivo; defensa que alcanza a la situación jurídica abusiva (Fundamentos del Anteproyecto). Empero, se admite la integración por separado del título, estableciendo con precisión la oportunidad procesal para hacerlo.

A partir del análisis de cada uno de los aspectos de la regulación del pagaré de consumo se concluye que se está ante un nuevo título que:

i) Es causal, pues por oposición a lo que se sucede en los títulos abstractos, la causa fin de su libramiento es relevante jurídicamente.

ii) No es autónomo, en tanto el art. 91 del Anteproyecto establece expresamente que la norma se aplica aunque el título haya sido transmitido a un tercero (“todo lo previsto en esta norma será aplicable al supuesto en que el pagaré de consumo haya sido transmitido a un tercero”).

iii) No es completo, desde que es posible integrar el título con otros instrumentos que con-

(63) Véase el punto III de este comentario.

tengan los requisitos de información del art. 85 del Anteproyecto.

iv) Es revocable, lo que se extrae del art. 85 del Anteproyecto que exige entre los requisitos de información que consigne “El derecho de revocación o arrepentimiento y las condiciones de su ejercicio”.

v) Se rige en primer lugar por la ley de defensa del consumidor (y todo el sistema normativo protectorio del consumidor), y solo subsidiariamente por las normas del decreto-ley 5965/63 y las normas sobre títulos valores cartulares del Código Civil y Comercial de la Nación, las que siempre deben ser interpretadas del modo más favorable al consumidor.

vi) Al incorporarse esta obligación dineraria emergente de la relación consumo a un documento pagaré (cambiario) tiene que contener los requisitos del art. 101, LCA, los que en algunos aspectos se ven modificados por

aplicación de la LDC (v.gr. lugar del pago para competencia).

vii) Es título ejecutivo hábil cuando, además de los requisitos del art. 101, LCA, cumple con los requisitos de información del art. 85 del Anteproyecto, dentro o fuera del título. En este último caso se tienen que agregar los documentos de los que surja el cumplimiento del deber de información al momento de la interposición de la demanda.

viii) El juez competente es el del domicilio real del consumidor, siendo nulo todo pacto en contrario.

Es decir, se ha creado un nuevo título ejecutivo dando prevalencia a la normativa de orden público de derecho del consumidor por sobre la del decreto-ley 5965/63 (que solo se aplica subsidiariamente), que tutela debidamente al sujeto débil de la relación de consumo y, a la par, otorga al acreedor (proveedor) una vía rápida para el cobro.

**U**SUARIOS DE SERVICIOS  
PÚBLICOS DOMICILIARIOS  
.....





# Reflexiones preliminares sobre los servicios públicos domiciliarios

---

ENRIQUE L. SUÁREZ (\*)

Pretendemos esbozar aquí algunos aspectos vinculados a la tutela de los usuarios de servicios públicos domiciliarios en el Anteproyecto.

Como sabemos, el contexto que rodea a la propuesta involucra varios factores: los 25 años de vigencia de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC); las diversas modificaciones que recayeron sobre su texto, y la regulación tuitiva incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) a través del título III (Contratos de Consumo) del Libro Tercero (Derechos Personales) de dicho ordenamiento de fondo (ley 26.994) (1).

---

(\*) Abogado (UBA). Magíster en Doctrina Social de la Iglesia, por la Universidad Pontificia de Salamanca (Campus Madrid), España. Diplomado Superior en "Gestión y Control de Políticas Públicas" y en "Organizaciones de la Sociedad Civil", ambos por FLACSO, sede argentina. Docente de Grado y Posgrado en la Facultad de Derecho (UBA), en materia de servicios públicos. Participa en Congresos, Jornadas y Seminarios en calidad de expositor sobre el tema, así como también es autor y coautor de artículos y diversas obras jurídicas publicadas en diversas Editoriales.

(1) Recuérdese que en los Fundamentos del entonces Anteproyecto de Código Civil y Comercial, al referirse al Método del Código, la Comisión Redactora deja en claro que el mismo se relaciona con otras normas ya existentes en el sistema, y que respeta los otros microsistemas normativos autosuficientes, como el Derecho del Consumidor, modificando la LDC solo en lo que se consideró estrictamente necesario.

Esto permite que, en el sistema jurídico argentino, donde no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes y de su interpretación, a través de guías para poder decidir en un sistema de fuentes complejo, los operadores jurídicos puedan recurrir a un diálogo de fuentes, utilizando además principios y

También resultan insoslayables los cambios sustanciales que se han operado en la tecnología, cuyo exponencial progreso repercute en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, lo que ha transformado profundamente las relaciones entre proveedores y consumidores en el marco de la relación de consumo.

Asimismo, es dable ponderar que, amén del Estatuto del Consumidor, estructurado sobre la base de la normativa supranacional aplicable, la tutela consagrada en el art. 42 de la Constitución Nacional (CN), los preceptos del Cód. Civ. y Com., y la creciente tutela sustantiva sobre temáticas específicas vinculadas al derecho del consumidor en el ámbito normativo nacional y

---

valores contenidos en el Código, coordinando con otros microsistemas.

A su vez, en lo que específicamente concierne a los Contratos de Consumo, se han incluido en la norma de fondo una serie de principios generales de protección del consumidor, que actúan como una protección mínima que no puede ser derogada por una ley especial sin afectar el sistema, ya que el Código contiene un "núcleo de tutela". Las normativas del microsistema pueden establecer condiciones superiores, conservando siempre la coherencia del sistema, ya que el Código complementa la legislación especial.

A la hora de la interpretación, se produce entonces un "diálogo de fuentes" donde el Código ostenta una centralidad que ilumina a las demás fuentes, determinando los pisos mínimos de tutela, conforme al principio de interpretación más favorable al consumidor.

Ver los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 444-445 y esp. p. 531.

local, la protección de los usuarios y consumidores se ha fortalecido en todos estos años con el aporte de la invalorable doctrina que se ha formulado sobre innumerables aspectos vinculados a esta rama del derecho, y con la jurisprudencia que poco a poco, ha ido consagrando y fortaleciendo en la práctica la protección que necesita el consumidor al enfrentarse en una situación de vulnerabilidad estructural, a las diversas situaciones que le plantea el mercado en lo cotidiano, a fin de atender a la debida provisión de bienes y servicios en resguardo de sus intereses económicos.

Todo ello es plenamente aplicable y se proyecta a su vez, a los servicios públicos domiciliarios y la protección de los usuarios que usufructúan los mismos. El panorama normativo invocado supra, se articula a su vez con los Marcos Regulatorios instituidos para cada servicio domiciliario, teniendo siempre como mira la protección de aquellos.

Tal como expresa la Nota de Elevación, el Anteproyecto constituye una labor articulada en el marco instituido en el Programa "Justicia 2020" (2).

### I. Contexto introductorio

Expresamente los Fundamentos del Anteproyecto dejan en claro que la LDC constituye un punto de partida y una de las fuentes principales del mismo, ya que la vigencia de su axiología y contenido durante 25 años (más allá de las modificaciones operadas en su texto) genera una "valiosa tradición jurídica" (3).

(2) Tal como se señala allí, dicha iniciativa "responde esencialmente al objetivo de generar una propuesta superadora de posible reforma de la actual Ley de Defensa del Consumidor que mejore, integre y fortalezca el sistema argentino de protección y promoción de los derechos reconocidos en el artículo 42 de la Constitución Nacional, desarrollando asimismo, más y mejores instrumentos que garanticen el acceso a la justicia de los consumidores de bienes y usuarios de servicios, la resolución alternativa de sus conflictos, la educación de la ciudadanía conforme derechos y responsabilidades, y la existencia y fortalecimiento institucional de Asociaciones que representen al colectivo más débil en la relación de consumo".

(3) Fundamentos del Anteproyecto, capítulo I. El Sistema de Protección del Consumidor, punto I.2., Diario La Ley, edición especial del 17 de diciembre de 2018, p. 2.

Es por ello que, siguiendo los lineamientos de instrumentos internacionales(4), del Derecho Comparado(5), receptados tanto por la LDC como por el Derecho Provincial(6), el Anteproyecto prevé de manera específica en su título III la regulación específica que concierne a los "Usuarios de Servicios Públicos Domiciliarios", temática que, por involucrar aspectos vinculados al Derecho Constitucional y Administrativo, habla de la transversalidad del Derecho del Consumidor(7).

En el caso particular de la LDC, vigente a partir de octubre de 1993 (8), frente a la previa declaración en estado de emergencia de la prestación de los servicios públicos (cf. art. 1º de la ley

(4) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (revisadas en 2015), prevén la temática en el acápite III - Principios Generales, punto 5, inc. a), por caso.

En especial, en el Acápite V, la Directriz K (Medidas relativas a ámbitos específicos), punto 77 (Servicios Públicos) hace hincapié en la promoción de los Estados del acceso universal a los servicios públicos y el poder formular, mantener o reforzar "políticas nacionales para mejorar las normas y leyes relativas a la prestación de servicios, la información del consumidor, los depósitos de garantía y el pago por anticipado del servicio, los recargos por demora en el pago, la cesación y el restablecimiento de un servicio, el establecimiento de planes de pago, y la solución de controversias entre los consumidores y los proveedores de servicios públicos, teniendo en cuenta las necesidades de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja".

(5) Dentro del ámbito latinoamericano, cabe consignar que varias legislaciones regulan en un capítulo específico la temática bajo trato. Así, la ley 453 del Estado Plurinacional de Bolivia, arts. 27 a 32; la ley 21-2000 (Ley orgánica de defensa del consumidor) de Ecuador, arts. 32 a 40; ley 1334 de Defensa del Consumidor y del Usuario de Paraguay, arts. 17 a 23; la ley de Protección al Consumidor y Usuario de Guatemala, arts. 35 a 38, y el Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, arts. 63 a 66, entre otros.

(6) Las provincias de Buenos Aires (ley 13.133), La Rioja (ley 8.416), Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (ley 962) y San Juan (ley 898-D), por caso, tratan en forma sistematizada, las cuestiones relativas al control de los servicios públicos, y consagran asimismo entre los derechos de los consumidores y usuarios la calidad y eficiencia de dichos servicios y la participación en los organismos de control de los mismos.

(7) Ello sin perjuicio de perseguir también desde la metodología de la norma, la construcción de una teoría general, ordenando los elementos centrales del "Sistema de protección del consumidor".

(8) BO 15/10/1993.

23.696) y el consiguiente traspaso a operadores privados de la misma por concesión o licencia (cf. art. 11), se hizo necesario que el legislador debiera proveer a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de una protección específica y particular, sin perjuicio de gozar además, de todos los derechos consagrados por la LDC con carácter general, todo ello frente a la nueva regulación surgida de la denominada “Reforma del Estado” (9).

Como señalan Sícario y Salaberren, la filosofía que preside a la LDC “es declaradamente la protección de los consumidores y usuarios a partir de la consideración de éstos como “parte frágil” en las relaciones de mercado”.

En cambio, las normas específicas tienen por objeto asegurar la prestación del servicio y el logro de una razonable retribución tanto como para hacer atractiva la actividad y lograr continuidad. Estos cuerpos normativos producto de las privatizaciones no ponen el acento en los derechos de los usuarios de los servicios, sino que especifican los derechos del concesionario o licenciatario.

Por ello, hasta la sanción de la LDC, los consumidores y usuarios no encontraron un resguardo absoluto, previéndose en la misma “toda la gama de sus derechos” (10).

Por ello, y en lo que concierne a dicha norma y al tema sub examine, el legislador seleccionó determinadas cuestiones que a su juicio requerían de una consideración y regulación particular (condiciones de prestación de los servicios, facturación de sumas indebidas, interrupción del servicio, aplicación de la LDC frente a los marcos regulatorios de cada servicio, registro de los reclamos, seguridad de las instalaciones, instrumentos y unidades de medición, información de deudas pendientes, sobrefacturación, etc.) (11) para fortalecer la tutela sustan-

tiva y adjetiva de los usuarios de servicios domiciliarios, en su carácter de integrantes de un colectivo hipervulnerable, con derecho a una protección especial, en un todo de acuerdo con el art. 3º del Anteproyecto.

A la protección “básica” que, como supuesto de “discriminación positiva”, le brinda el orden jurídico a los usuarios y consumidores, en razón de su ineludible debilidad, en virtud de su hiposuficiencia, su subordinación estructural y su deficiente poder de negociación (12) se suma la “cautividad” del usuario, al carecer este de libertad de elección del prestador del servicio público domiciliario, atento al área de prestación delimitada en cada contrato de concesión o licencia, en favor de los adjudicatarios, asignada con exclusividad zonal. De esta manera, el hecho de que el servicio se preste en forma monopólica agrava el grado de fragilidad y debilidad en que se encuentra el usuario frente al proveedor, revistiendo aquel el carácter de hipervulnerable, por revestir más de un grado de vulnerabilidad (13).

Asimismo, se advierte que, en la estructura normativa, la tutela de los usuarios de servicios se diagrama de modo diferente al pergeñado en la LDC.

En el Anteproyecto, se propone un eje central compuesto por 6 (seis) títulos, que pueden contar con diferentes capítulos, dividiéndose estos a su vez en secciones.

La metodología seguida tiene el propósito de construir una teoría general, ordenando los elementos centrales del “Sistema de protección del consumidor” (relación de consumo, principios, derechos, deberes y diálogo de fuentes), para luego ingresar a diversos ejes que hacen a la transversalidad del Derecho del Consumidor,

---

Celia (dirs.), *Defensa del consumidor*, Nova Tesis, Rosario, 2005, ps. 132-141.

(12) RUSCONI, Dante D., “Esencia del derecho del consumidor”, en RUSCONI, Dante D. (dir.), *Manual de derecho del consumidor*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, ps. 12-21.

(13) Ver BAROCELLI, Sergio S., “Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables”, en BAROCELLI, Sergio S. (dir.), *Consumidores hipervulnerables*, El Derecho, Buenos Aires, 2018, ps. 9-17.

---

(9) VER DROMI, Roberto, *Empresas públicas (de estatales a privadas)*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997 ps. 13-88.

(10) SÍCARO, Eduardo - SALABERREN, Roberto, “*Servicios públicos, regulación. control. Fallas regulatorias*”, JA 2001-II-1308 y ss.

(11) Ver SUÁREZ, Enrique L., “Comentario al capítulo VI de la ley 24.240”, en GHERSI, Carlos - WEINGARTEN,

como es el caso del régimen de los servicios públicos domiciliarios (14).

De allí que el eje que nos ocupa, desde la perspectiva de las divisiones de la norma de nivel superior al artículo, ocupe el máximo rango y su regulación se agrupe por entero bajo el título III de la norma propuesta (15), lo que ciertamente le asigna una mayor importancia (16), en concordancia con la tésis expuesta *supra*.

## II. Análisis específico

### II.1. Organismos de control (art. 97)

Este novedoso texto se articula con el resto del título III con el fin de facilitar (en pos de la mejor salvaguarda del usuario) el ejercicio de las facultades de contralor, sanción y atención de los reclamos de usuarios, por parte de los entes reguladores y las autoridades de aplicación de la LDC, de modo coordinado, todo ello sobre la base de los preceptos del tercer y cuarto párrafo del art. 98.

En un primer distingo, cabe señalar que, ante una actividad a la que se le ha otorgado el estatus jurídico de “servicio público”, el Estado la organiza, adecuando los medios necesarios y estableciendo las normas a la que deberá sujetarse su funcionamiento.

Dicha organización genera una estructura normativa reglamentaria que origina una relación contractual (concesión o licencia) que debe ser respetada por el prestador, no pudiendo este modificar las condiciones a las que se ha sometido en cuanto al alcance y modalidad del servicio, régimen tarifario, inversiones, nivel de calidad de producto y servicio, etc.

En ese sentido, la Administración cuenta con facultades de control y sanción, en función del

interés público protegido, ya que el art. 42 CN comprende el control de los monopolios, y la constatación de que los servicios son brindados con calidad y eficiencia (17).

Ello es responsabilidad de los Entes Reguladores, que tienen el específico y primordial fin de proteger a los usuarios, equilibrando la desigualdad existente entre adjudicatario y usuario, ante el ejercicio de una actividad monopólica, a través de un estricto contralor sobre las obligaciones asumidas por aquel. (18) Esto se evidencia aún más claramente en el caso de los servicios domiciliarios, con la esencialidad que conllevan para acceder a un nivel de calidad de vida respetuoso de la dignidad humana y del disfrute de los derechos humanos básicos.

Los Marcos Regulatorios de cada servicio, desde esta óptica, le otorgan competencia y funciones específicas a los Entes Reguladores, resguardando la confianza pública en el sistema descripto.

En otro plano de la dinámica de la prestación del servicio, se suscita en el marco de una relación de consumo, el contrato de suministro del mismo, donde el operador facilita al usuario su prestación, a cambio de un precio en dinero (tarifa).

Por ser un contrato de adhesión (art. 984, Cód. Civ. y Com.), dicho acuerdo tiene un contenido reglamentario, prefijado y regulado con anterioridad en la relación contractual aludida supra entre operador y Estado, pero al propio tiempo, el usuario no solo tiene derecho a todas las prerrogativas estipuladas a su favor en los marcos regulatorios, sino también a toda la protección brindada a lo largo del Anteproyecto, con más el diálogo de fuentes que se suscita entre la legislación específica de los servicios y la LDC.

Dicha tutela se integra entonces con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, con preeminencia y apli-

(14) Ver nota 3.

(15) Sobre la importancia del agrupamiento temático de las normas, ver PÉREZ BOURBON, Héctor, *Manual de técnica legislativa*, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2007, p. 39.

(16) En el texto vigente de la LDC, existen 3 (tres) títulos. El primero de ellos (Normas de Protección y Defensa de los Consumidores), en su capítulo VI, se aboca al estudio de la tutela en el ámbito de los servicios domiciliarios.

(17) Ver SUÁREZ, Enrique L., *Contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios*, en GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, C. (dirs.), *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, p. 131 y ss.

(18) GORDILLO, Agustín, *Después de la reforma del Estado*, capítulo III, 2ª ed., FDA, Buenos Aires, 1998.

cación del principio de norma más favorable al usuario (cf. art. 98, tercer párrafo y art. 25 LDC vigente). Ello no significa la exclusión de las normas de raigambre administrativa, sino la fijación de un contenido básico de derechos que conforman el principio protectorio del usuario (19), que hoy puede verse cristalizado en los arts. 5º y 6º del Anteproyecto.

Al ser la protección del usuario un objetivo común por parte de los organismos reguladores y de la autoridad de aplicación de la LDC, queda por dirimir la cuestión de la competencia para ejercer sus funciones, orientadas en el mismo sentido.

En lo que concierne a la fiscalización y sanción, se establece que la misma debe ser desarrollada en forma coordinada (art. 97, inc. a)].

Ambos actores tienen facultades para establecer sanciones a los proveedores que violenten el orden constitucional, legal y/o contractual, en función de la competencia específica de cada uno.

El Ente la tiene respecto de toda cuestión vinculada al marco regulatorio cuya aplicación le concierne, y la Autoridad de Aplicación respecto de la inobservancia de los deberes impuestos por la LDC, incluyendo las normas del título en análisis.

Es dable traer a colación, como ejemplo de la modalidad de coordinación que establece el texto, lo instituido por la ley local 2870 (CABA) (20), la cual, refiriéndose a los “aspectos regulatorios” en el marco del inicio de actuaciones administrativas por la autoridad de aplicación por presuntas infracciones, estipula que “en los casos en los que de las presuntas infracciones surgieren aspectos estrictamente regulatorios del servicio público domiciliario, la autoridad de aplicación comunicará tal circunstancia al organismo de control específico, todo

(19) LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª ed. actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 575-576.

(20) BO 14/11/2008. Se refiere al inicio y procedimiento aplicable a las actuaciones administrativas en el marco de las relaciones de consumo establecidas entre prestadores y usuarios de servicios públicos domiciliarios, en el marco de ejercicio de la competencia específica de la autoridad local de aplicación de la LDC.

ello, sin perjuicio de la prosecución del trámite administrativo” (art. 2º), de lo que cabe colegir que las cuestiones de carácter eminentemente técnico son las que debe resolver el organismo de control específico, que está en mejores condiciones de hacerlo, en el marco de una competencia amplia de la autoridad de aplicación de la LDC (21).

La coordinación debe contemplar el hecho de que el ejercicio simultáneo de las facultades sancionatorias sobre el mismo y eventual incumplimiento, sea posible cuando pueda sancionarse (con multa, etc.) dos veces la misma falta (22).

En lo relativo a la atención de los reclamos, el criterio de la propuesta es similar. La interpretación que debe guiar el abordaje de los arts. 97, inc. 2) y 98, cuarto párrafo del anteproyecto (23), es brindarle al usuario la mayor cantidad de alternativas y posibilidades para que pueda obtener, por parte de la Administración, un tratamiento integral a su reclamo (24).

(21) WAJNTRAUB, Javier H., *Régimen jurídico del consumidor comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 147.

(22) El art. 4º de la ley 2870 (CABA), prevé en referencia a la coordinación y colaboración con el Ente Regulador que “La autoridad de aplicación deberá, junto con la primera providencia, comunicar al ente específico de la existencia de las actuaciones a los fines de coordinar los diversos aspectos de las mismas y evitar posibles superposiciones. Por su parte, la autoridad de aplicación podrá solicitar del organismo regulador toda la colaboración necesaria con el fin de obtener la correcta resolución del expediente”.

(23) Al texto introducido por la ley 26.361, se le agrega en el art. 98 del Anteproyecto al final del último párrafo la expresión “en el marco de sus respectivas competencias”, lo cual se corresponde con las disposiciones del art. 97, inc. 2.

(24) A la posibilidad de obtener la atención y resolución de su reclamo, conforme la competencia que le asiste a los Entes Reguladores, también se suman las restantes opciones de acceso a la justicia que prevé el Derecho del Consumidor: denuncias ante la autoridad administrativa (art. 45 de la LDC y 144 y ss. del anteproyecto), reclamaciones ante las asociaciones de consumidores (art. 58 de la LDC y 120, inc. 4º), arbitraje de consumo (art. 59 de la LDC y 136) o acciones judiciales, ya sean respecto de derechos individuales (art. 52 de la LDC y 162 y ss.) o de incidencia colectiva (art. 54 de la LDC y 171 y ss.).

El sistema diseñado en el art. 97, inc. 2º responde al criterio expuesto al referirnos *supra* a las facultades sancionatorias.

Ambas autoridades públicas deben instruir las actuaciones de oficio y atender los reclamos recepcionados, con base en sus propias “facultades y atribuciones” y en el “ámbito de sus respectivas competencias”, pero se parte de una competencia amplia de la autoridad de aplicación de la LDC, ya que la misma puede recepcionar tanto las cuestiones atinentes a incumplimientos técnicos, reglamentarios o de facturación del servicio (en cuyo caso aquella “podrá” disponer la remisión de las actuaciones al organismo específico de control, fracasada la instancia de conciliación) como aquellas vinculadas al incumplimiento de cuestiones comerciales o de privación del uso del servicio.

O sea que los entes reguladores pueden actuar de oficio, ante el requerimiento de los usuarios o por remisión de las actuaciones por parte de la autoridad de aplicación, en los casos previstos en el Anteproyecto.

Creemos que, al margen de la expresa previsión de resoluciones reglamentarias conjuntas y/o convenios de colaboración y asistencia técnica recíproca a suscribir entre ambos (art. 97, incs. 2 y 3), no puede negarse que existen materias determinadas que, por sus características, son susceptibles de un mejor y más idóneo tratamiento por uno o por otro de los actores públicos competentes (25).

En la medida en que puedan instrumentarse la coordinación y la colaboración aludidas, se optimizará la labor de ambas autoridades en la recepción, tramitación y solución de los reclamos efectuados.

---

De este modo se intenta satisfacer la meta constitucional de garantizar a los consumidores procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos.

ARIAS CÁU, Esteban J. - BAROCELLI, Sergio S., “Servicios públicos, trato digno y daños punitivos”, *Revista Jurídica de Daños*, nro. 2, marzo 2012, IJ Editores, IJ-LI-177.

(25) WAJNTRAUB, op. cit., pp. 148-149.

## II.2. Constancia escrita. Información al usuario (art. 98)

Manteniendo la axiología de la ley 26.361, y en diálogo y consonancia con el art. 42 CN, 1100, Cód. Civ. y Com., con la regulación del deber de información en general en el Anteproyecto (art. 8º y ss.), y con las prescripciones atinentes al ejercicio del derecho a reclamar por ante las autoridades competentes, el articulado ahonda en dicha protección a través del agregado efectuado al primer párrafo, ya que al deber de informar las “condiciones de prestación y de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes” en soporte papel, debe además agregarse la inclusión del “reglamento del servicio” y la “normativa reguladora”, en forma debidamente accesible en el sitio de internet respectivo.

Esto abarca todas las etapas de desarrollo de la relación de consumo que nos ocupa, así como todos los extremos previstos en el contrato de suministro entre prestador y usuario, y los derechos y obligaciones de las partes que, por lo general, están detalladas en forma clara y precisa en el Reglamento de Suministro (26).

Pero, además, el art. 98 impone la obligación de mantener a disposición del usuario la “normativa reguladora”, lo cual no solo amplía el acceso a la información cuantitativa y cualitativa en favor del mismo, sino que lo empodera en el conocimiento de los derechos y deberes de ambas partes (27).

---

(26) Este Reglamento es una de las normas fundamentales de los Marcos Regulatorios, desde el interés directo del usuario, ya que allí se detallan las condiciones de acceso al servicio, las diversas categorías de usuario, los diversos plazos y términos fijados respecto de las temáticas que hacen a la dinámica de la relación de consumo, incluyendo los diversos procedimientos de reclamos. En suma, en el reglamento deben quedar previstas las diversas situaciones en las que puede verse involucrado el usuario, así como la conducta debida a realizar por el prestatario en cada situación (GHERSI - WEINGARTEN, *Defensa...*, op. cit., p. 140).

(27) Ello abarca todas las normas que estructuran el Marco regulatorio de la actividad, el contrato de concesión o licencia, el reglamento de suministro, y todos los procedimientos aprobados en las diversas materias que hacen a la prestación del servicio, entre otros.

Ello no solo se vincula con el prestatario (vía art. 12 del proyecto) sino también, en nuestra opinión, con el propio Ente Regulador específico, quien debe cumplimentar dicho deber de igual manera en razón de la intención establecida en los arts. 8º, 10 y 11 del texto bajo trato (28).

A su vez, receptando lo ya dicho respecto de la importancia de la tecnología en la comunicación, el puntual imperativo de disponer de la información reseñada *supra* en el sitio de Internet respectivo (tanto de los concesionarios, licenciarios y Entes Reguladores, a nuestro juicio) implica una reforma beneficiosa para el interés del usuario, descontando que la información debe ser fácilmente comprensible para él, para alcanzar la meta propuesta, en diálogo con los arts. 13 y 134, punto 2º, entre otros, de la presente propuesta.

El mantenimiento del diálogo de fuentes entre la legislación específica en materia de servicios domiciliarios y la ley de defensa del consumidor (tercer párrafo), así como la modificación operada en el último párrafo del artículo, han sido tratados en 2.1, adonde remitimos.

### **II.3. Reciprocidad en el trato (art. 99)**

Este artículo, que no tiene modificación alguna respecto del art. 26 LDC, expresa el derecho del usuario a recibir un trato equitativo, digno y no discriminatorio, lo cual es receptado por todo el ámbito tuitivo del Estatuto del Consumidor.

Si bien tiene numerosas aplicaciones, atento su proyección sobre el núcleo de relaciones y situaciones que pueden suscitarse a lo largo del vínculo jurídico entre la empresa y el usuario, se focaliza aquí en lo referido a los reintegros o devoluciones que deba realizar la prestataria, debiendo aplicar en dichas situaciones los mismos parámetros que los determinados para los cargos por mora que debe abonar el usuario, de así corresponder (29).

(28) Ver al respecto <https://www.argentina.gob.ar/enre>; <https://www.enargas.gob.ar>; <http://www.eras.gov.ar> y <https://www.enacom.gob.ar>.

(29) Ver ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "Servicios públicos domiciliarios", en ÁLVAREZ LARRONDO, Fede-

Manteniendo la referencia a los arts. 1097 y 1098, Cód. Civ. y Com., en la arquitectura jurídica del Anteproyecto, debe advertirse una referencia concatenada entre el principio de protección del consumidor frente a los consumidores hipervulnerables (en nuestra opinión, ello incluye a los usuarios de servicios domiciliarios); el principio de respeto de la dignidad de la persona humana; y el derecho al trato digno, equitativo y no discriminatorio (arts. 3º, 6º, 20 y 21), en el marco del diálogo de fuentes establecido en el art. 28.

### **II.4. Registro de Reclamos. Atención personalizada y presencial (art. 100)**

Por un lado, el art. 100 mantiene la estructura tutelar vigente en base al art. 27 LDC, en lo que hace a facilitar el ejercicio del derecho al reclamo por parte de los usuarios, estableciendo una conexión con los arts. 98 y 99, ya que el conocimiento de las condiciones particulares del servicio al que ha adherido, unido al respeto por la dignidad humana y el trato digno y equitativo, posibilitan el asesoramiento, información y atención de los reclamos de los usuarios.

Asimismo, todo ello se conjuga con lo establecido en cada marco regulatorio de los servicios, sobre la base de lo estipulado en el tercer párrafo del art. 98 (actual art. 25 LDC).

Por otra parte, el articulado optimiza la regulación de la calidad de servicio comercial que el prestador está obligado a brindar al usuario, precisando las obligaciones al respecto en el texto de la norma, y garantizando el concepto de "atención al usuario" de forma personalizada y presencial (30).

rico M. (dir.), *Manual de derecho del consumo*, Erreius, Buenos Aires, 2017, p. 636.

(30) Se receptan aquí diversos antecedentes del derecho provincial, como las leyes 2221 (CABA), 14.692 (Buenos Aires), 2226-D (Chaco) y 10.518 (Entre Ríos).

En varias oportunidades hemos sostenido que recibir en forma "personal" (o presencial) y "personalizada" las inquietudes, consultas, demandas de información y, por último, concretas quejas o reclamos, muestran dos instancias de la labor resolutoria de las empresas a fin de satisfacer al usuario.

La atención presencial se satisface brindando la posibilidad de que un representante de la prestadora

Ello significa establecer un “estándar digno y adecuado” del tipo de calidad aludido, estableciendo las pautas generales que conciernen a las oficinas de atención personalizada (31), y su debida difusión para conocimiento del usuario, sin perjuicio del mayor detalle que se especifique en cada marco regulatorio.

### **II.5. Atención personalizada por vías no presenciales (art. 101)**

Es una importante innovación, que incorpora a la regulación bajo trato la innegable realidad de que las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), se han incorporado a la vida cotidiana de las personas, para facilitar sus gestiones.

En este caso, las concretas prescripciones apuntan tanto al contenido que la reglamentación deberá establecer al respecto, al igual que en los marcos regulatorios específicos, primando siempre lo estatuido en el art. 98.

Se deja en claro que el hecho de que la atención no sea presencial en modo alguno implica que se degrade la calidad de atención, ya que debe ser prestada una atención “personalizada”, con todo lo que ello implica (cf. art. 100) (32).

Deseamos destacar, en base al expreso tratamiento protectorio que se da a los consumidores hipervulnerables (art. 3º y concs.), los incs. 3) y 4) del art. 101, de importantes proyecciones, en relación con la atención de reclamos de personas electrodependientes, y la posibili-

destinado a la atención del usuario, se encuentre en el mismo lugar físico que el cliente, para interactuar con él.

La atención personalizada, en cambio, implica además que el representante se encuentre debidamente entrenado y calificado para entender el problema, canalizarlo en los procedimientos y darle solución en lo inmediato.

Las dos características forman parte de un estándar idóneo de la calidad de servicio comercial que debe cumplir la prestataria del servicio.

Ver SUÁREZ, Enrique L., *Sobre la calidad en general*, El Dial, Suplemento de Defensa del Usuario y del Consumidor nro. 24 (octubre 2005) y “Revisando la atención en los servicios públicos”, 1/11/2013, elDial DC1BAA.

(31) Aquí hay una directa relación con lo estatuido en los arts. 23 a 25 del Anteproyecto, referidos a la atención al consumidor y usuario.

(32) Ver TAMBUSI, Carlos E., “El humanismo olvidado”, MJ-DOC-7021-AR.

dad de personas con discapacidad de acceder a páginas web, en función del ejercicio del derecho a formular reclamos. Ambas obligaciones comprenden tanto a las prestatarias como al Ente Regulador (33).

### **II.6. Seguridad de las instalaciones. Información (art. 102)**

Este artículo se entronca con el art. 1100 del Cód. Civ. y Com. y con los arts. 6º; 8º, 10 y 11, y 12 y ss., en lo relativo al deber de información.

También hay una directa derivación de esta específica regulación, con respecto a lo instituido en los arts. 17 (deberes de protección y seguridad) y 18 (condiciones de seguridad).

El Anteproyecto mantiene la regulación vigente en el art. 29 LDC actualmente vigente, introduciendo a nuestro juicio precisiones terminológicas que pueden darle mayor claridad y rigorismo técnico al precepto.

Así, en vez de aludir a “servicios públicos que se prestan a domicilio” se habla de “servicios públicos domiciliarios” (34) y en vez de “artefactos” se habla de “dispositivos empleados” (35).

En definitiva, el prestador debe brindar al usuario la debida información que permita proporcionarle una doble seguridad: la de las instalaciones y los dispositivos empleados, a fin de poder proteger la vida de los usuarios, su integridad psicofísica y la integridad de los bienes que componen su patrimonio (36).

(33) Ver leyes 27.351, art. 7º (electrodependientes) y 26.653 (accesibilidad de Información en páginas web a todas las personas con discapacidad).

(34) El servicio se presta en el domicilio del usuario (FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, 1ª ed., Buenos Aires, 1995, p. 216). Sobre el concepto de servicios domiciliarios, ver VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - ROMERA, Oscar E., *Defensa del consumidor: Sobre facturación telefónica y carga probatoria*, JA 1995-II-165.

(35) Las instalaciones vinculadas a los servicios domiciliarios, implican la existencia de una red, la cual, conectada a diversos dispositivos, permite el usufructo del servicio de que se trate. Así, el aparato aparece con el fin de posibilitar dicha acción.

(36) MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Defensa del consumidor*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 157.



## **II.7. Instrumentos y unidades de medición (art. 103)**

Concordante con la ley 19.511 de Metrología Legal y el art. 106 del Anteproyecto, su análisis aconseja dividirlo en tres partes.

a. El primer párrafo se corresponde con el actualmente vigente del art. 29 LDC, reafirmando las facultades de control estatal del Ente Regulador específico, ante el surgimiento de dudas sobre la veracidad de las lecturas arrojadas por los medidores del servicio de que se trate. A su vez, en cada marco regulatorio se prevén las instancias de control individual del usuario, y de este con la empresa, ante una supuesta anomalía en el funcionamiento del medidor, a fin de realizar la verificación pertinente.

b. El segundo párrafo, primera parte, de la norma, ostenta la misma tesitura. De este modo, se mantiene tanto la garantía del control individual del consumo por parte del usuario y la obligación de que todos los “instrumentos de medición” (todo aparato que sirva para contar o determinar valores, de acuerdo con el art. 6° de la ley 19.511 de Metrología) y las “unidades de medición” utilizadas a dicho fin (cf. art. 1° de dicha norma), sean los reconocidos y legalmente autorizados.

c. La segunda parte de dicho párrafo, reitera el texto original del art. 29, y se le hace un agregado para optimizar el cumplimiento del deber del prestador de entregarle al usuario la factura pertinente. En vez de recaer sobre el usuario la necesidad de requerir y obtener la factura en caso de no haberla recibido, sobre la base de que en la anterior se informa la fecha “aproximada” del vencimiento siguiente, con el agregado del art. 103, in fine, el usuario tiene derecho a requerir una nueva factura con un nuevo plazo de vencimiento ante dicho incumplimiento.

Será de este modo el prestador el principal interesado en cumplir con su obligación, a fin de evitar la extensión consecuente del plazo de pago.

## **II.8. Interrupción del servicio (art. 104)**

Aquí tampoco el esquema general de tutela del usuario ha sido modificado, manteniendo la presunción instituida con el fin de alcanzar

el equilibrio en las relaciones entre los usuarios y prestadores.

Puntualmente, aquí se persigue la prontitud y eficacia de las reparaciones, la atención del reclamo originado en la interrupción y la determinación certera de la causa del evento y su atribución.

Así, las mejoras introducidas al texto se vinculan con optimizar la consecución de dichos fines.

- la reducción a quince (15) días del plazo para desvirtuar la presunción por parte de la empresa, no solo lo iguala con el impuesto al usuario para el reclamo, sino que evita una situación confusa para el mismo, ya que, con el sistema vigente, el usuario podría recibir en el ínterin de treinta (30) días una nueva factura por servicio no prestado, quedando expuesto a la suspensión o corte del servicio ante el no pago (37).

- ya sea que el importe correspondiente al lapso de interrupción del servicio se haya descontado de la cuenta, o que se haya reintegrado al usuario si este lo abonó, se ha “clarificado la pauta temporal para hacerlo”, sin perjuicio de la eventual reparación de los daños causados.

Por ello, la pauta actual (deducción de la factura correspondiente) se modifica en el sentido de que la devolución debe ser efectuada dentro de los dos periodos posteriores subsiguientes, teniendo en cuenta la modalidad mensual de facturación adoptada en algunos casos.

## **II.9. Constancias (art. 105)**

Se corresponde con el actual art. 30 bis de la LDC, y su texto conlleva la importante novedad de establecer la presunción *iure et de iure*, para los casos en que no se manifieste en las constancias pertinentes, la existencia de deudas pendientes a favor de las empresas prestatarias de servicios domiciliarios.

---

(37) Como señalan los Fundamentos del Anteproyecto, muchos servicios públicos domiciliarios han adoptado la facturación mensual, por lo que se busca evitar que los periodos puedan superponerse con los reclamos. Ver nota 3.

Asimismo, se eliminan los dos últimos párrafos del art. 30 bis, vetados en su momento por el dec. 270/1997 (BO 2/4/97), atento el extenso lapso ya transcurrido desde la privatización de las empresas estatales prestadoras de los servicios de maras, y que ha concluido la liquidación de las mismas.

### **II.10. Facturación (art. 106)**

Nominar al actual art. 31 facilita la ubicación y comprensión de la temática involucrada. El texto no ha sufrido en general modificaciones acerca del procedimiento y tramitación de los reclamos por errores de facturación basados en un consumo excesivo que el usuario manifiesta no haber realizado, así como del reclamo del pago de conceptos indebidos y facturas ya abonadas por el usuario.

Atento la regulación específica de la prescripción liberatoria en los arts. 183 y 184 del Anteproyecto, se suprime su tratamiento en el presente.

Asimismo, a fin de evitar que la implementación de lo aquí normado, genere una dificultad de interpretación para su aplicación a reclamos concretos, se establece que la base de la relación “prestador - usuario” radicará en la integración normativa dispuesta por el diálogo de fuentes establecido en el art. 28 del presente.

La novedad que se introduce en el anteúltimo párrafo es la eliminación del tope de exceso en un 50% a la tasa pasiva para el interés por mora, siendo el máximo aplicable por mora en fac-

turas de servicios públicos la tasa pasiva, que es la que pagan los bancos por los depósitos y compensa de modo adecuado lo no percibido en término por la empresa con más el recargo pertinente.

### **III. Idea final**

Es auspiciosa la finalidad de fortalecer el principio protectorio del usuario de servicios domiciliarios, acentuado respecto de los colectivos sociales hipervulnerables, todo ello en pos de un mayor cumplimiento de las obligaciones a cargo de los prestadores.

La recepción de la tecnología, los conceptos de atención presencial y personalizada, y la regulación de la atención del usuario en ambos casos, entre otros ítems, son un ejemplo de ello.

Un aspecto que puede suscitar controversias es el ejercicio coordinado del control y resolución de reclamos, conforme a los arts. 97 y 98 del Anteproyecto. El nivel de coordinación y colaboración que se alcance entre los entes reguladores y las autoridades de aplicación será vital en este aspecto.

Como ya lo hemos manifestado, será el propio usuario quien, acorde con la finalidad que persiga, deberá cuidadosamente discernir, en cada caso concreto, cual es la vía de reclamo más conveniente para satisfacer su pretensión (38).

(38) Remitimos a nuestro análisis del art. 25 LDC, en TAMBUSI, Carlos E. (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 174-179.

# DAÑOS AL CONSUMIDOR

.....



# La prevención de daños en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

MARÍA FABIANA COMPIANI (\*)

## I. La prevención en el Anteproyecto

La prevención trasvasa el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor dando lugar a un vasto conjunto de normas que tienen como norte la búsqueda de la eficacia de los derechos que se reconocen a los Consumidores. En ese sendero, se recogen los principios de “prevención de riesgos”, y el de “precaución”. En efecto, el art. 5º, incs. 8º y 9º, los recoge expresamente, tanto en cabeza de los proveedores de bienes o servicios como del Estado. Se precisa de esa forma el contacto existente entre el derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental (1).

---

(\*) Abogada de la Universidad del Museo Social Argentino, Premio Editorial El Derecho al segundo promedio del período lectivo de la Universidad. Profesora Adjunta regular por concurso de la asignatura Obligaciones Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesora en Posgrado en Derecho de Daños, en el de Salud, en la Maestría en Magistratura y en el Intensivo en Derecho de Seguros, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta del Posgrado en Derecho de Daños y en la Maestría en Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesora en la Diplomatura de Derecho de Seguros de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Seguro, rama nacional de AIDA. Vicepresidente 2º de la Asociación Dirigentes de Empresa. Autora de artículos e investigaciones en Derecho de Daños, del Consumidor y de Seguros. Gerente Legal de Siniestros de Caja de Seguros SA.

(1) La Ley General del Ambiente 25.675 del 2002 recibió ampliamente la prevención: la reguló tanto como principio de política ambiental (art. 4º), como tutela

Desde esa perspectiva de la efectividad de los derechos del consumidor, el Anteproyecto parte de dos pilares que pueden calificarse como esenciales: la información y la seguridad.

Se jerarquiza de manera notable el deber de información, y se lo expande, pues no se lo limita a la relación jurídica entablada entre el proveedor y consumidor, sino más allá de ella, comprendiendo al Estado, de allí su naturaleza también preventiva (arts. 11 y 12). Se garantiza tanto el acceso a la información como la obligación general de informar. En cuanto al derecho fundamental a la seguridad es situado en el marco de la relación de consumo, y también más allá de las fronteras del contrato, con un despliegue claramente preventivo, aunque abierto a la tutela resarcitoria.

En prieta síntesis, destacamos la norma contenida en el art. 65, en materia de conexidad, que habilita al consumidor, según las circunstancias, y a quien sea parte en alguno de los contratos coligados, a actuar en prevención respecto de otros participantes del acuerdo global que no hubieran contratado directamente, de modo especial cuando se trate de situaciones jurídicas abusivas, prácticas abusivas o tutela de la seguridad del consumidor. En materia de la operatoria de crédito para el consumo se prevé, en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas al proveedor de bienes y servicios, que el consumidor quedará habilitado

---

sustancial inhibitoria a pedido de parte (art. 30) y como tutela preventiva de oficio (art. 32, *in fine*).

para suspender los pagos pendientes al proveedor del crédito (art. 93).

En general, el Anteproyecto avanza en la previsión de medidas de corte preventivo del sobreendeudamiento. En particular, se reconocen expresamente al consumidor dos derechos que pueden contribuir a la prevención del endeudamiento excesivo; esto es: el derecho al pago anticipado del crédito o de la financiación acordada, y el derecho de arrepentimiento (arts. 95 y 96).

No puede dejar de señalarse el aspecto preventivo que desprende la regulación de los daños punitivos (art. 118). En especial, en cuanto se establece como parámetro para regular la cuantía de la sanción, “los efectos disuasivos de la medida”, en orden a una prevención general de reiteración de conductas que constituyan una grave menosprecio hacia los derechos del consumidor (inc. 2)(2). Cabe destacar que también la prevención tendrá un rol en cuanto a la acreditación por el proveedor del cumplimiento de las medidas de prevención configurará una valiosa herramienta para descartar la calificación de la conducta como de grave menosprecio hacia los derechos de los consumidores y usuarios.

Por su parte, en materia de legitimación, prevé que las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados derechos de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el art. 120, inc. 4 (art. 119).

También establece el art. 142, inc. 5, que el Consejo Federal del Consumo tendrá como misión y función fomentar la prevención de

riesgos que puedan derivarse del consumo de bienes o de la utilización de servicios.

En materia de defensa administrativa del consumidor se establece (art. 146) que la autoridad de aplicación podrá ordenar como medida preventiva o precautoria, en cualquier momento durante la tramitación de las actuaciones, el cese de la conducta que se reputa como violatoria de la ley, sus reglamentaciones y normas complementarias

Finalmente, se consagra (art. 170) la posibilidad que el juez, en el litigio individual, procure la solución más eficaz del litigio disponiendo de oficio las soluciones que permitan una adecuada tutela de los derechos de los consumidores que no han sido parte del proceso.

Ahora bien, en materia específica de daños al consumidor y en orden a la función preventiva, se efectúa una remisión expresa a lo establecido en los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación, en donde se regula la prevención con suficiente amplitud y de manera detallada. Así como, en su momento, lo establecido en el art. 52, 1ª parte de la LDC, se irradió hacia todo el ordenamiento jurídico, la definitiva consagración de la función preventiva con carácter general en el Código Civil y Comercial —aprobado por la ley 26.994—, tornaba innecesaria una regulación específica en el Anteproyecto, porque como se señala en sus Fundamentos, la normativa del derecho de fondo tiene impacto directo e indirecto sobre la protección de consumidor, por vía de modificación, coordinación o complementación de ambos ordenamientos general y particular.

Abordaremos, por tanto, para comentar la norma señalada, el examen de lo previsto sobre la cuestión en el Código de fondo, reseñando sucintamente los antecedentes de la función preventiva en nuestro país.

## II. La función preventiva. Antecedentes. Concepto

La función preventiva encuentra su fundamento en el art. 19 de la Constitución Nacional al disponer que las acciones que perjudiquen a terceros sean alcanzadas por la autoridad de los magistrados. La Corte Suprema de Justicia

(2) CNCiv., Necochea, 9/6/2016, “Ajargo, Claudio Esteban c. BBVA Banco Francés SA s/daños y perjuicios”, LL 2016-F-236; DJ del 14/12/2016, p. 63, RCCyC 2016 (diciembre), p. 268, AR/JUR/51420/2016: “Un banco que demoró más de un año en solucionar la situación de un cliente a quien le había dado de baja todos los productos por considerarlo erróneamente fallecido debe ser condenado a abonar daño punitivo, pues advirtió que estaba dañando y se desprecupó de su resultado actuando con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724, CCyC), máxime cuando la solución es concordante con la función preventiva de daños, con expresa consagración legislativa en el art. 1710 del Código Civil y Comercial”.

de la Nación sostuvo que esa norma constitucional recibe el *naeminen laedere* (3). De allí se desprende no solo la obligación de reparar el daño que se causa, sino, con carácter prioritario y axiológicamente superior, el deber de evitar causar un daño (4). Es que la responsabilidad civil resulta ilusoria en la tarea de hacer desaparecer el daño, la destrucción no se borra y solo se traduce en un traspaso del perjuicio de la víctima al victimario (5).

Si pensamos en un daño a la integridad sicológica de una persona es fácil comprender el carácter imperfecto de la indemnización para volver las cosas al estado anterior. Por ello, se procura dar una solución *ex ante* en vez de confinar el remedio a una solución *ex post* (6).

Tradicionalmente, se señalaba que era tarea estatal y contenido del Derecho Administrativo. En la actualidad, se reconoce la existencia de una tutela sustancial inhibitoria que compromete también al Derecho Civil, y la que dada su importancia, no debe ser interpretada restrictivamente.

Su objeto no es otro que es impedir, suspender, prohibir o hacer cesar la conducta ilícita, peligrosa y causante de una lesión actual o futura (7), a través tanto de acciones innovativas como de no innovar.

Con anterioridad a su admisión en el nuevo Código, numerosos preceptos la autorizaban en el Derecho Positivo Nacional: arts. 1071 bis, 2499, párr. 2º, 2618, 2795/99, 2800/2804, 3157/3158 del Código Civil velezano, art. 79 ley 11.723 de Propiedad Intelectual, art. 15 ley 13.512 de Propiedad Horizontal, art. 21 ley 18.248 de Nombre de las Personas, art. 1 ley

23.592 de actos discriminatorios, arts. 52/53 ley 24.240 y, fundamentalmente, la recepción constitucional del amparo colectivo ante la amenaza de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (art. 43). Todo ello nos permitía sostener que, aún antes de la recepción en el nuevo Código, existía un verdadero sistema de prevención en nuestro Derecho Privado.

Es decir, que parte del recorrido trazado por la doctrina y jurisprudencia (a mediados de la década de los años ochenta), se tradujo en los noventa en las primeras admisiones expresas legislativas en materia de derechos del consumidor, en especial, en la recepción constitucional de tales derechos.

Por cierto, la prevención también cristalizó en el Proyecto de Código de 1998, a través de los arts. 1585 y 1586, a través de los cuales se consagró no solo el deber de evitación del daño, sino también las amplias facultades judiciales para disponer las medidas preventivas de oficio (8). Asimismo, preveía a la prevención como un acicate a la hora de ampararse en la limitación económica de la responsabilidad en caso de atribución objetiva de la responsabilidad (9).

Las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán, en setiembre de 2011, señalaron que la función preventiva era prioritaria en el Derecho de Daños y que su operatividad se traducía tanto en el campo sustancial como en el procesal.

Como corolario del esfuerzo en la traducción normativa de la prevención, las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, en su Comisión nº 1 atinente a las funciones de la responsabilidad civil, concluyeron que resultaban apropiadas tanto la recepción como

(3) CS, 5/8/1986, "Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", Fallos 308:1160, LL 1987-A-442.

(4) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La tutela inhibitoria contra daños", RCyS 1999-1.

(5) Díez PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 43.

(6) ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 4ª ed. actualiz., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, nro. 360 *quater*, p. 162.

(7) NICOLAU, Noemí, "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional", LL 1996-A-1245.

(8) Art. 1585.— Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) de evitar causar un daño no justificado; b) de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar se produzca un daño, o disminuir su magnitud... c) de no agravar el daño, si ya se ha producido". Art. 1586: "El tribunal tiene atribuciones para disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro.

(9) El art. 1634 establecía que el responsable no tenía derecho a prevalerse de la limitación cuando "...a) si actuó sin diligencia y, en especial, si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas".

la regulación de la función preventiva en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012 (conclusiones 1 a 4, inclusive)(10).

Por su parte, en el Derecho Comparado, la prevención se encuentra prevista en forma expresa en el ámbito contractual(11), pero tal como ha sido regulada en nuestro ordenamiento no reconoce antecedentes.

### III. Su distingo con el principio precautorio

Mientras la prevención nos coloca frente a un riesgo actual, la precaución nos enfrenta a un riesgo potencial. Para algunos, el principio precautorio debe ser entendido como un estándar jurídico flexible(12). Para otros, constituye un nuevo fundamento de la responsabilidad civil, sustentado en su finalidad preventiva, que tiende a neutralizar amenazantes riesgos de dañosidad(13). Sin embargo, lo cierto es que no constituye un antecedente de la obligación de reparar un perjuicio en razón de la incerteza de la relación de causalidad entre la conducta y el daño(14).

(10) DOMINONI, Juan F., “Conclusiones de las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros”, LL suplemento actualidad, 4/6/2013, p. 2, LL Online: AR/DOC/2143/2013.

(11) El Código Civil italiano lo prevé en cuanto responsabilidad del acreedor por la agravación del daño: “El resarcimiento no es debido por los daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria” (art. 1227); por su parte, los principios de Unidroit lo receptan considerando que “La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en cuanto esta podía haberlo reducido adoptando medidas razonables que no adoptó. La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto en que incurrió razonablemente tratando de reducir el daño” (7.4.8).

(12) ANDORNO, Roberto, “El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la era tecnológica”, LL 2002-D-1326.

(13) GOLDENBERG, Isidoro - CAFFERATA, Néstor, JA 2002-IV, fascículo 6, p. 3.

(14) “Debe desestimarse la demanda resarcitoria incoada por el propietario de una explotación ganadera por los daños que sufrieron los animales por la supuesta incidencia de una línea de alta tensión propiedad del emplazado que pasaba cerca de los campos de la primera, en tanto existe una evidente falta de certeza sobre la mencionada incidencia y no surge la existencia de un nexo de causalidad” (Corte de Casación, 3ª Civil, Francia, 18/5/2011, “Gaec D. c. Rte. Réseau Transport Electricité SA”, RCyS, abril 2012, p. 287).

Sus requisitos son: a) la incertidumbre acerca del riesgo; b) su evaluación científica; c) la perspectiva de un daño grave o irreversible. De su mayor intensidad, dependerá la proporcionalidad de las medidas a adoptar (15): 1- la exigencia de transparencia en la difusión de los riesgos potenciales; 2- la prohibición de comercializar ciertos productos o desarrollar ciertas actividades potencialmente riesgosas; 3- promover una profundización de los estudios científicos a fin de evaluar más acabadamente los riesgos; 4- imponer la información obligatoria al consumidor; 5- alentar la búsqueda de soluciones alternativas más seguras.

Su recepción legislativa en la ley general del ambiente abrió paso a una rica recepción jurisprudencial (16).

### IV. La recepción de prevención como regla general en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por su parte, el Código Civil y Comercial recogió esas conclusiones previendo tanto el deber de evitación del perjuicio, incluyendo el de adoptar

(15) BERGEL, Salvador D., “Introducción al principio precautorio en la responsabilidad Civil”, en la obra *De-recho privado*, Hammurabi, 2001, p. 1009.

(16) CS, 5/3/2002, “Portal de Belén - Asoc. Civil sin fines de lucro c. M. de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”, JA 2002-III-472, RDF 2002-21-187; CFed. La Plata, sala 3ª, 30/6/2003, “Mazzeo, Alicia S. c. YPF SA”, 2003-III, 394; “Si bien el daño ambiental o su probabilidad son cuestiones de compleja determinación y quien debe juzgarlos debe actuar con suma prudencia, corresponde suspender las tareas de prospección y exploración minera, pues la seria y razonable duda científica sobre las consecuencias negativas que estas actividades pueden ocasionar, aconseja que el amparo ambiental es la solución adecuada, tal como lo determina el principio de precaución consagrado por el art. 3 de la ley 4563 —ley general de ambiente de la Provincia del Chubut— (Adla, LX-A, 904)” (CApel. Noroeste del Chubut, 24/6/2003, “Villivar, Silvana N. c. Provincia del Chubut y otros”, LL Patagonia 2004, mayo, 348). “La Municipalidad que emitió una Declaración de Impacto Ambiental denegatoria de la habilitación solicitada por la empresa que se dedica a la explotación de una actividad generadora de residuos — en el caso, “feed lot” o engorde intensivo de bovinos para carne— en una zona próxima al ejido urbano, con basamento en los principios de prevención y precaución, ha obrado en resguardo del medio ambiente” (CCiv. y Com., Mar del Plata, sala II, 2/2/2006, “Brisa Serrana c. Emprendimientos Agropecuarios T.G.T.”, LLBA 2006-527).



de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitarlo o disminuir su magnitud; cuanto consagra también la prevención de oficio, materia en la que se destaca el principio de menor restricción posible y de medio idóneo, lo que sin duda será motivo de interpretación doctrinaria y jurisprudencial (17).

El sistema de prevención en el Código Civil y Comercial es amplio, ya que el art. 10, veda el ejercicio abusivo del derecho; los arts. 52 y 1770 en materia de intimidad personal o familiar o social, permiten la prevención; en el ámbito contractual, el art. 1032 permiten suspender el propio cumplimiento obligacional si sus derechos se vieran amenazados porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud de cumplir o en su solvencia; exceso de normal tolerancia entre vecinos del art. 1973; la acción para mantener la tenencia o posesión art. 2242, etc. (18).

Por cierto, su admisión como función de la responsabilidad civil, surge de los arts. 1710 a 1713, a los cuales remite el nuevo Proyecto del Ley de Defensa del Consumidor.

Ahora bien, conviene precisar que la evitación del daño no puede ser impuesta en forma absoluta, sino cuando provenga de una acción antijurídica. Asimismo, es indispensable que la evitación dependa del sujeto en una ponderación de la causalidad adecuada. Nadie está compelido a lo imposible, o a cargas desmesuradas, solo a las que les pueden ser exigidas por el principio de buena fe y el que veda el ejercicio abusivo de los derechos (art. 19 CN, CSJN) (19).

---

(17) El art.1710 dispone: “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo”.

(18) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “El gran desafío”, RCyS 2012-X, tapa.

(19) CS, 6/3/2007, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, JA 2007-IV-483, Cita Online: 35010557. Con relación a la responsabilidad del Estado

Existe un verdadero derecho de no actuar frente a situaciones de dañosidad extrañas a la esfera de incumbencia del agente (libertad), de mantenerse pasivo, salvo una norma que obligue a actuar o abuso de derecho (20).

Así entendida, la norma no solo obliga al responsable, sino también a terceros y a la propia víctima, en cuanto a evitar la agravación del propio daño. A todos ellos, con los límites referidos expresamente en la norma, teniendo en cuenta que dependa de ella, que adecue a la buena fe y según las circunstancias, mesurando las medidas razonables a adoptar para cumplir la finalidad preventiva (21). Ello determinará la existencia de mandatos específicos de prevención, tanto cuando la misma resulte económicamente ineficiente, pero se tienda a prevenir los denominados ilícitos lucrativos o cuando la tutela resulte adecuada para evitar un costo mayor en la concreción del daño o de su agravamiento.

Sin duda la amplitud de la norma otorga amplio margen a la discrecionalidad y por ello exige razonabilidad en su aplicación (22).

---

por omisión del poder de policía, el máximo Tribunal exigió la participación de algún órgano o dependencia del Estado, tener en cuenta las consecuencias generalizables de la decisión a tomar, la circunstancia que no existe una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran un perjuicio y que la tutela encuentra límite en las libertades y la disposición de medios razonables, en atención al lazo que une a la víctima con el servicio. Asimismo, debe estarse al grado de previsibilidad del daño. Todo ello, a la postre, recogido por el art. 3 de la ley 26.944, de Responsabilidad del Estado.

(20) PIZARRO, R. Daniel - VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Rubinzal Culzoni, 2017, t. I, nro. 236, p. 811.

(21) CCiv. y Com., Azul, sala II, 16/5/2016, “T.A.A. c. Ferrosur Roca SA (causa 60.404) y Galasur SA (causa 60.413) s/daños y perjuicios”, RCCyC 2016 (julio), p. 146; RCyS 2016-IX-57, AR/JUR/26483/2016: “El deber de no dañar no se encuentra vulnerado en el caso de la muerte de un adolescente que entró en forma clandestina y alcoholizado, a un predio privado del ferrocarril, siendo aplastado por la carga en un vagón, si el accionar desplegado por aquel constituyó en ilícita su actuación, aun cuando el cerco que prohibía la entrada no era de difícil superación”.

(22) CCiv. y Com., Azul, sala II, 3/12/2015, “D. M. M. C. c. P., N. S. y otro/a s/materia a categorizar”, RCCyC 2016 (marzo), p. 155; RCyS 2016-VI-39, con nota de Federico S. Carestia, DJ del 3/8/2016, p. 17, con nota de Federico

## V. Requisitos. Medios para hacerla efectiva

El art. 1711 dispone bajo el título “Acción preventiva” los requisitos de procedencia (23). Para requerir una acción preventiva se requiere:

a) La antijuridicidad, entendida esta en el sentido amplio que conceptúa lo antijurídico como el hecho que daña a otro, salvo que exista una causa de justificación de conducta que hoy genera consenso en nuestra doctrina. (24) En contra, algún autor, en orden a limitar la amplitud de la norma exigen la presencia de una antijuridicidad formal. (25)

b) El peligro o amenaza de daño que se traduce en una amenaza lesiva actual e inminente y que diferencia la prevención de la precaución (26). Mientras la prevención nos coloca frente a un riesgo actual, la precaución nos enfrenta a un riesgo potencial (27).

---

S. Carestia, LL Online: AR/JUR/62310/2015: “La medida autosatisfactiva intentada por la vicedecana de un instituto universitario que fue demandada por plagio de una obra académica a fin de que se le ordene a los accionantes de ese proceso abstenerse de realizar comentarios injuriosos contra su persona debe rechazarse, ya que los hechos analizados no importan en sí mismos la configuración de una conducta ilícita con entidad para activar la responsabilidad civil en su faz preventiva —arts. 1710, 1711, 1713 y concs., Código Civil y Comercial—, sumado al carácter restrictivo con el que se debe ponderar la admisión de esa medida cuando se trata de restringir el ejercicio de otro derecho fundamental —arts. 51, 52, 53, 1770 y concs, CCCN—”.

(23) Art. 1711.— Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

(24) La antijuridicidad es la contrariedad entre el hecho dañoso y el ordenamiento jurídico, con abstracción de la voluntariedad de la conducta del agente o de la existencia de culpabilidad (PICASSO, Sebastián, “La antijuridicidad en el Proyecto de Código”, LL 2013-E-666, LL Online: AR/DOC/3184/2013).

(25) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material”, RCyS 2016-VIII-5, DJ del 14/9/2016, p. 1, AR/DOC/852/2016.

(26) LORENZETTI, Ricardo, “La tutela civil inhibitoria”, LL 1995-C-1217.

(27) ANDORNO, Roberto, “El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la era tecnológica”, LL 2002-D-1326.

c) Un interés legítimo del sujeto, cuyo concepto también se explica ampliamente comprendiendo no solo la lesión a un derecho subjetivo, sino también a un interés no reprobado por el derecho, ya sea individual, colectivo o, aún, difuso (de lo que se ocupa el art. 1712).

d) La posibilidad material y jurídica de detención de la acción dañosa, la que se encuentra impedida a modo de ejemplo, con relación a los daños causados por la prensa, no pasibles de censura previa sino sujetos solo a responsabilidades ulteriores (28).

En cambio, resultan prescindentes tanto el factor de atribución como la titularidad de los bienes sobre los cuáles se debe hacer efectiva la prevención.

La prevención se efectiviza mediante medidas innovativas como por ejemplo el retiro de productos defectuosos del mercado, el restablecimiento de servicios médicos injustamente suspendidos o negados, la rectificación de noticias inexactas o agraviantes o de publicidad ilícita, dejar sin efecto cláusulas abusivas, etc.; o a través de medidas de no innovar como son el cese de terapias rechazadas por el paciente, la proscripción de aproximación a la víctima, etc.

Se destacan entre los procedimientos para llevar a cabo la tutela inhibitoria, las medidas urgentes, como las medidas cautelares, medidas autosatisfactivas (29) y las anticipatorias (30); además del amparo y habeas data y, por supuesto, las de conocimiento como los juicios sumarísimos y ordinarios.

En las medidas autosatisfactivas, la finalidad del reclamante se agota en lo peticionado, sin necesidad de proceso principal. Requiere la urgencia impostergable de protección: se trata de una amenaza lesiva actual e inminente, un

---

(28) RIVERA, Julio C., *Responsabilidad por daños en el 3er. milenio*, Abeledo Perrot, 1997, p. 598.

(29) PEYRANO, Jorge, *La acción preventiva de oficio*, Abeledo Perrot, Lexis Nexis, 2004, 70. La falta de legislación expresa sobre esta herramienta procesal ha determinado que su empleo sea rechazado judicialmente (CApel. CC Rosario, sala III, 5/5/1997, LL 1997-F-482).

(30) CS, 7/8/1997, “Camacho Acosta c. Grafi Graf SRL y ot.”, Fallos 320:1634, JA 1998-I-465.

interés sustancial comprometido. Algunos señalan que corresponde el traslado a la contraria por un plazo breve (Galdós, Peyrano) (31), salvo que las circunstancias lo impidan, en cuyo caso será susceptible de recursos. En cuanto a la precautelada, su exigencia es reclamada a fin de desalentar abusos y garantizar el resarcimiento de daños injustamente causados.

En cuanto a la tutela anticipatoria, tiene por finalidad garantizar la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda del proceso principal, antes del dictado de la sentencia definitiva, cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Su carácter excepcional (32), se justifica porque altera el estado de hecho o de derecho existente, configura un anticipo de jurisdicción favorable, lo que justifica una mayor prudencia en su análisis. No es óbice que su objeto resulte coincidente con la pretensión esgrimida en la demanda, siempre que exista un peligro tal que justifique el anticipo de la tutela jurisdiccional para asegurar que esta sea

oportuna (33). A falta de legislación específica, se fundan en las disposiciones atinentes a las cautelares genéricas (art. 232, Cód. Proc. Civ. y Com.).

En este sentido, no puede menos que destacarse la necesidad de actualización del ordenamiento procesal nacional de forma de recibir los nuevos mecanismos procesales de la tutela civil inhibitoria, dado que la ausencia de su recepción legislativa no solo ha determinado que algunos tribunales la rechacen por no encontrarse expresamente legislada (34), sino que ha fomentado las discrepancias en cuanto a sus requisitos. La señalada importancia de los valores en juego justifica la necesidad de la regulación específica de unos instrumentos como la tutela anticipatoria y la autosatisfactiva que resultan de gran utilidad en la concreción de la función preventiva de la responsabilidad civil, en un marco de adecuada seguridad jurídica (35).

## VI. Legitimación

El art. 1712, en materia de legitimación, prevé que “Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.

Ese interés puede ser individual o colectivo. Tanto la Constitución Nacional (art. 43) como la Ley de Defensa de los Consumidores 24.240 (art. 52, texto según ley 26.361), detallan entre los legitimados al afectado, las asociaciones que propendan a los fines que la acción compromete, el defensor del pueblo, la autoridad de

(31) PEYRANO, Jorge, ob. cit.; GALDÓS, Jorge M., “Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales”, LL 12/10/2017, p. 1; LL 2017-E-1142; RCyS 2019-I-3, AR/DOC/2479/2017. “Corresponde revocar la medida autosatisfactiva dictada a favor del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios —ETOSS—, por la cual se obliga a una empresa prestataria del servicio de agua a suministrarle toda información requerida en salvaguarda de la salud pública y a permitirle el acceso a sus instalaciones cuando fuere necesario, toda vez que el pedido del actor es independiente de un juicio posterior y la cautelar admitió su pretensión inaudita parte, sin otorgarle a la recurrente la posibilidad de ejercer su defensa, lo cual torna a la decisión adoptada en un exceso jurisdiccional en menoscabo de la defensa en juicio (Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo, CS, 18/12/2007, “Ente Tripartito de Obras c. COA Construcciones y Servicios Públicos SA”, LL Online, AR/JUR/10872/2007).

(32) La viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, y dentro de aquellas la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (CS, 24/8/1993, “Bulacio Malmierca, Juan C. y otros c. Banco de la Nación Argentina”, LL 1994-B-131, AR/JUR/494/1993).

(33) CS, 7/8/1997, “Camacho Acosta c. Grafi Graf SRL y ot.”, Fallos 320:1634, JA 1998-I-465; CS, 1/9/2003, “Salta, Prov. de c. Estado Nacional s/Ejecutivo”, ED (Der. Adm.) 2003-297. CS, 6/12/2011, “Pardo c. Di Cesare”, RCyS 2012-III-170.

(34) En contra por no legislada, CApel. CC Rosario, sala III, 5/5/1997, LL 1997-F-482.

(35) CCiv. y Com., Santa Fe, sala I, 28/4/2016, “Paoletti, Juan Carlos y otros c. Baravalle, Andrea Patricia y otros s/medida autosatisfactiva - ordinario”, ED 267-462, AR/JUR/17999/2016: “El proceso preventivo de daños (art. 1711, Cód. Civ. y Com.) es una especie de los procesos urgentes y, por tanto, en principio y como regla, no tolera el efecto suspensivo tradicional de la concesión o admisibilidad de los recursos ordinarios contra las resoluciones que en su curso se dicten”.

aplicación de la ley nacional o local, el ministerio público, etcétera (36).

Dentro de la categoría del consumidor no solo se encuentra a quien contrata o al usuario con destino final de consumo, sino también al sujeto expuesto, para los efectos que reconoce el Anteproyecto, éstos son: la información, la publicidad, las prácticas abusivas y la seguridad (37).

La noción de interés razonable resulta ampliada en el nuevo Código a la existencia de un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737) (38). La medida preventiva procede ante la amenaza cierta de tal interés.

### VII. Tutela preventiva de oficio

La normativa del Código recibe la facultad judicial de imponer medidas de prevención provisionales o definitivas. A ello suma su provisión a pedido de parte y aún de oficio (39). Un sector de la doctrina y jurisprudencia se pronunciaba

en contra de la tutela preventiva de oficio por violar el principio de congruencia (40).

A favor, en cambio, se pronunciaron tanto Morello y Stiglitz, G. (41), como Zavala de González (42) y Peyrano (43) (quienes lo fundaron en los poderes o facultades inherentes de los jueces, su rol social, el activismo judicial, los mandatos periféricos). La misma posición se observaba ya en importante jurisprudencia (44).

En esa senda, el art. 32 in fine de la Ley General del Ambiente 25.675 consagró expresamente la facultad de los jueces de disponer medidas preventivas de oficio. En realidad, receptó ampliamente la prevención, regulándola tanto como principio de política ambiental (art. 4), como en su faz concreta, de proveer una herramienta de la tutela sustancial inhibitoria, a pedido de parte (art. 30) e, incluso, de oficio por el juez (art. 32, *in fine*).

En definitiva, el nuevo Código recoge estas ideas, consagrando la facultad judicial de imponer medidas preventivas de oficio.

Ahora bien, en cualquier caso, también la norma ordena al Juez ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

Ello remite nuevamente al análisis económico de las medidas a disponer y requiere la ponderación de los derechos comprometidos, teniendo en cuenta que la Constitución Nacional les otorga igual jerarquía y exige en caso de conflicto la armonización de ellos (45).

(36) WIERZBA, Sandra M., *Manual de obligaciones civiles y comerciales*, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 468.

(37) En consonancia con el despacho I.2 —aprobado por unanimidad— de la Comisión Nro. 8 de las XXV Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, octubre de 2013), en donde se dijo que “la categoría de consumidor y usuario reconocida en nuestro ordenamiento jurídico comprende al destinatario final de bienes y servicios, y al expuesto a la relación de consumo. Esta última figura amplía la categoría conceptual del consumidor y usuario con sustento en la función preventiva y reparatoria que despliegan numerosos institutos del Derecho del Consumidor y se justifica también por la proyección colectiva que suele tener la afectada en sus derechos” (ver <http://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed- anteriores-28-XXIV-Jornadas 2013.pdf>).

(38) GALDÓS, Jorge M., su comentario en la obra LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. VIII, p. 313.

(39) El art. 1713 establece que “Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

(40) LORENZETTI, ob. cit.; CApel. CC Morón, sala II, 5/2/1987, LL 1987-D-364.

(41) MORELLO, Mario A. - STIGLITZ, Gabriel A., “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, LL 1987-D-364.

(42) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit.

(43) PEYRANO, Jorge, ob. cit.

(44) SC Buenos Aires, 30/3/2005, “Carrizo, Carlos Alberto y ot. c. Tejada, Gustavo y ot. s/daños y perjuicios”, LL Supl. Esp., “Cuestiones procesales modernas”, octubre de 2005, p. 151.

(45) RIVERA, Julio C., ob. cit.

### VIII. Colofón

La remisión efectuada en el Anteproyecto a la normativa de fondo acierta al integrar ambas normativas y enriquecer la prevención vigente en el mandato constitucional consumeril y en su anterior normativa, nutriéndola de la más amplia admisión que consagra el Código de fondo de la tutela preventiva tanto a pedimento de parte como de oficio. Ello constituye una muestra de la permanente interrelación entre el Derecho de Consumo y el Derecho Civil (46), en las que las novedades normativas del primero alimentaron la reforma del otro y en la actualidad terminan por nutrir a aquel con una previsión superadora de la originaria novedad legislativa.

---

(46) CALAIS-AULOY, Jean, "La influencia del derecho del consumo sobre el derecho civil de los contratos", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* Nro. 2, p. 239 y s., abril-junio, 1994.

A su vez, la experiencia jurisprudencial, con posterioridad a la vigencia del nuevo Código, ha sido fructífera en el acogimiento de muy variados supuestos de acciones preventivas (47). Auguramos pues que la prevención se afiance en el sistema proyectado como un instrumento de la efectividad de los reconocidos derechos de los consumidores y usuarios.

---

(47) CNCom., sala F, 6/10/2016, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC) c. Agente de Administración de Productos de Inversión Colectiva de Fondos Comunes de Inversión Patagonia Inversora S.A.S.G.F.C.I. y otro s/daños y perjuicios", LL 2017-A-23, AR/JUR/66486/2016: "El fuero Comercial, y no el Contencioso Administrativo Federal, es competente para entender en la demanda colectiva iniciada a fin de obtener la prevención de daños a los cuotapartistas de Fondos Comunes de Inversión por la aplicación de la resolución CNV 646/2015, pues no fue cuestionada la legalidad de la mencionada normativa, ni el actuar de la Comisión Nacional de Valores; sino que la acción apunta a la protección del consumidor financiero".



# La responsabilidad *in fieri* por daños en el ámbito de las relaciones de consumo

---

FULVIO G. SANTARELLI (\*)

## I. Introducción

El Anteproyecto de que se trata trasunta una pulcritud y mesura conceptual digno de la capacidad y trayectoria que portan los integrantes de la Comisión Redactora. Lo que se traduce en un merecido elogio a las autoridades que la designaron. El resultado es que se consiguió obtener aquello que se proclama desde su título I, organizar un “Sistema de Protección del Consumidor” dando un paso cualitativo en la materia. Como tal, muestra coherencia no solo interna; sino también externa respecto de la legislación vigente al momento; en definitiva, se muestra solvente y atinado.

El objeto de esta contribución se centra en el título IV “Daños al consumidor. Prevención del Daño. Responsabilidad y sanción punitiva”; tópic que inaugura la temática de la responsabilidad por producto elaborado en el país, ya que el derecho vigente carece de un sistema con tal finalidad (1). Dado que el articulado es preciso

---

(\*) Doctor en Derecho (Universidad Austral). Profesor de Obligaciones y Derecho del Consumidor (UBA).

(1) En efecto, el art. 40 de la ley 24.240 no presenta un sistema de responsabilidad por producto elaborado, sino que —en sustancia— se trata de una variante de la responsabilidad derivada del vicio o riesgo de la cosa involucrada en una relación de consumo, que proyecta la responsabilidad de quienes intervienen en la cadena de producción y comercialización del bien. Situación que no innovó el dictado del nuevo Código civil y comercial, que si bien introdujo normas en lo concerniente a la relación de consumo, deberes y principios que rigen la materia, condiciones de oferta, contratación a distancia y electrónica, entre otros, se abstuvo de regular lo atinente a la responsabilidad por producto; claro que

y los fundamentos son suficientemente elocuentes de las razones y las fuentes por la que la Comisión decidió cada solución, el tono de la exposición transitará por la descripción de sus puntos más salientes.

## II. El sistema

Desde el art. 1º del Anteproyecto se precisa que la “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Tiene como fuente un hecho o un acto jurídico...”; desde allí se proyectan directivas relacionados con la legitimación, verbigracia, en lo referente al consumidor equiparado —ver art. 2º, párr. 2º— y al expuesto —art. 2º, párr. 3º—. Así, un daño causado por un defecto de un producto, constituye un hecho jurídico, con entidad de surtir efectos, de acuerdo al capítulo pertinente de este anteproyecto (2). En orden a la legitimación activa, pues, se suman a la figura clásica del consumidor, el equiparado y el expuesto

---

el *aggiornamento* de las normas de todo el sistema de responsabilidad civil robusteció —en forma indirecta— a la protección del consumidor, verbigracia, en lo referente a la introducción de la actividad riesgosa como generadora de una responsabilidad objetiva (conf. art. 1757, Cód. Civ. y Com.), o bien lo pertinente a la función preventiva que trajo consigo dicho ordenamiento. Respecto la influencia del nuevo código en el sistema de daños al consumidor ver VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Los daños al consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” en JA del 26/12/2012; AP/DOC/4803/2012.

(2) Ver. Art. 257 Cód. Civ. y Com. — Hecho jurídico. El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

(respecto del cual se precisa en materia de información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad); además se distingue la hipervulnerabilidad, que —en arriesgada síntesis— funciona como una pauta interpretativa a favor de grupos singularmente expuestos a la problemática que habitualmente presenta la materia de consumo, a lo largo del proceso hermenéutico; es decir que tanto para la apreciación de los hechos, para la determinación de responsabilidad, como para la aplicación de los efectos que la ley prevé para ese caso, aquella debilidad calificada es directamente proporcional a la sensibilidad para la aplicación de la solución pertinente. (3)

En torno a la ampliación de las fronteras de la aplicación de la normativa de protección al consumidor, se prevé la aplicación concurrente del sistema de protección al consumidor al transporte aéreo, al igual que lo concerniente a la autoridad de aplicación (art. 4º, párr. 3º).

Ninguno de los principios contenidos en la sección 2ª le son indiferentes al área de daños por producto elaborado, pero —además de la hipervulnerabilidad ya mencionado— cabe recalcar en los de prevención y precaución; es sabido que ambos principios funcionan en planos diferentes; el de prevención observa las alternativas de uso de cierto producto y proyecta los riesgos que deben evitarse, a partir de una adecuada información, advertencia o, incluso, diseñar el producto de modo de evitar daños visibles. La precaución actúa primordialmente,

(3) El concepto de hiper vulnerabilidad o debilidad agravada, al ser incorporada a la legislación, impone en el intérprete una mirada apropiada a cierta particularidad que vuelve a cierto grupo de personas especialmente susceptibles a aquello que la normativa de consumo pretende erradicar o mitigar. Verbigracia, en materia de información necesaria para prevenir accidentes de consumo, la vara de interpretación debe calibrarse de conformidad al grupo de pertenencia de la víctima; en efecto, en materia de “uso razonable” requiere apreciar circunstancias previsible del grupo de pertenencia: el consumo de productos tóxicos en viviendas precarias con connotaciones de hacinamiento, la advertencia del fabricante de “mantener alejado de los niños” se vuelve estéril. En los grupos de menores ingresos económicos el problema del sobreendeudamiento es endémico. El reconocimiento de estas circunstancias permite advertir y prevenir estas especiales situaciones que — para otros estamentos sociales— presentan un riesgo razonable que se proyecta ampliado en circunstancias como las mencionadas.

en el plano de los avances científicos, tecnológicos y la duda razonable de la peligrosidad que presenta; imponiendo el deber de evitar tales riesgos, si es que la utilidad para la sociedad no lo amerita. La precaución se opone al riesgo presunto, desde que aquella manda, evitar todo riesgo ante la duda razonable de daño. Al principio precautorio se le otorga un contenido positivo, es decir, un deber concreto, en el art. 18 al expresar: “...en cualquier caso, el bien o servicio debe cumplir con una evaluación de la seguridad que deberá basarse en la aplicación de las mejores prácticas y tecnologías disponibles, el estado actual de los conocimientos y de la técnica del momento de la puesta al mercado, y el nivel de seguridad que pueda esperar razonablemente los consumidores” (4).

Estos deberes se concretan en un cúmulo de obligaciones a cargo del Estado (ver por ejemplo, el art. 11), como así también a cargo de los proveedores de bienes y servicios (art. 12); en particular, es elocuente el art. 14 inc. 2º cuando impone —como contenido mínimo del deber de información— suministrarla respecto de “los riesgos e incertidumbres que entraña su utilización...”; del mismo modo, ya en sede de los deberes de protección y seguridad y luego de expresar el principio general de que tal deber comprende “...el de garantizar la inocuidad de los bienes y servicios incorporados al mercado” (art. 17, 2º párr.), se precisan deberes de información y advertencia respecto de los riesgos particulares del producto, sentando el principio que cabe denominar de la “transparencia del riesgo” (art. 17, párrs. 4º, 5º y 6º).

(4) De este modo el principio precautorio recibe carta de ciudadanía en el derecho de consumo. En efecto, este principio ha nacido y se ha desarrollado en el ámbito del derecho ambiental. En los tempranos años de la década del 70 del siglo pasado, se consagra en la Conferencia de Estocolmo (La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada entre el 5 y el 16 de junio de 1972), en nuestro medio encuentra consagración legal mediante el reconocimiento que la ley 24.295 hace de la Convención Marco de Naciones Unidas relativa al cambio climático, más tarde la Ley General del Ambiente 25.675, consagra el principio expresamente en su art. 4º “...Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.



### III. El sistema de responsabilidad por productos y servicios defectuosos

Se imponen ciertas precisiones, en razón de que, como se anticipó, el anteproyecto inaugura un subsistema de responsabilidad inexistente en el derecho nacional, que se coordina con el régimen de la responsabilidad civil general del código civil y comercial; ello justifica la tesis del proyectado art. 107 que no hace más que reconocerle al consumidor (en todas sus variantes, incluida la colectiva) legitimación para actuar en materia de prevención del daño, de conformidad al código mencionado.

La regulación de la cuestión —en el título IV del anteproyecto— queda esquematizada según las tres funciones reconocidas a la responsabilidad civil: la preventiva (capítulo 1º), la resarcitoria (capítulos 2º y 3º), y la punitiva (capítulo 4º). Dentro de la resarcitoria, se reconocen dos variantes: daños causados por productos y servicios defectuosos y daños causados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor.

En lo sucesivo se tratará lo concerniente a las acciones resarcitorias emergentes de los productos y servicios perjudiciales.

#### III.1. El resarcimiento de daños por servicios o productos defectuosos

##### III.1.1. *Ámbito*

Esta responsabilidad se excita ante supuestos de daños sufridos por cualquier persona (art. 112), en la medida que el perjuicio sea causado por un producto o servicio defectuoso, conforme a la definición que se analizará seguidamente. Es decir que la órbita de la responsabilidad específica queda definida por el criterio objetivo de ser un producto o servicio defectuoso el determinante del daño. De lo contrario, no se sigue la no responsabilidad, sino que serán aplicables las normas generales al respecto. En este orden de ideas, lo corriente, es que, si el daño fue causado por una cosa, se estará a la responsabilidad pertinente (arts. 1757, Cód. Civ. y Com. y concordantes), o bien la responsabilidad directa a que se refiere el art. 1749 del citado cuerpo legal, u otro tipo que mejor se adapte a las circunstancias de la causa de aquel menoscabo.

En el extremo subjetivo —como se dijo— no se requiere otra acreditación que haber sido dañado por un producto o servicio defectuoso, ya que “...toda persona que haya resultado damnificada directa o indirectamente... se trate o no de un consumidor” puede encuadrarse en esta vía de responsabilidad (art. 112), ello es con teste con el principio de que el productor de bienes y servicios es garante por la seguridad de sus productos ante la sociedad (art. 17, 2º párr.) y también con la categorización del carácter de consumidor formulada en el art. 2º, —al menos en orden al tema aquí tratado— ya que el “expuesto” a la relación de consumo no es sino todo aquel que sufra un daño proveniente de un producto elaborado o servicio defectuoso.

##### III.1.2. *Productos y servicios defectuosos*

###### III.1.2.1. *Producto defectuoso*

La definición de producto está compuesta por dos elementos, uno descriptivo, otro que cabe nominar como técnico, específico, que marca la diferencia entre “cosa” y “producto”. En cuanto al descriptivo, producto es cualquier cosa mueble(5) —en sentido lato— aun cuando esté unido o incorporado a un inmueble, art. 109, e incluye expresamente al agua, el gas y la electricidad y los bienes derivados del cuerpo humano, esta descripción procura certeza desde que estos elementos pueden ser de dudosa calificación(6).

En cuanto al técnico o específico, el producto es tal en la medida que esté en el mercado, es decir, en circulación, es ofrecido a la venta y/o

---

(5) La precisión del concepto de producto respecto a las cosas muebles, naturalmente descarta a los inmuebles, si un inmueble presenta un artefacto a gas defectuoso será este el producto defectuoso; o si el gas contiene una composición específicamente tóxica (más allá de su toxicidad habitual), será el propio elemento gasífero el producto defectuoso. El inmueble como tal está excluido del régimen de producto defectuoso, ya que el defecto que pueda presentar se rige por las normas que le son propias.

(6) La jurisprudencia nacional registra antecedentes como la sentencia recaída en “PFM c. Inmuno SA del 3/8/2009, CNCiv., sala H, publicado en RCyS 2009-XI-80. LL Online: AR/JUR/31649/2009; en el cual se determinó —entre otras cuestiones— que “los concentrados antihemofílicos derivados de la sangre... constituyen productos elaborados”.

distribución en las diferentes etapas de la cadena de valor del producto de que se trate. El concepto se vincula a un producto elaborado, terminado, que ha salido de la etapa de diseño, prueba, testeo, etc., o bien, que se encuentre ya retirado del mercado para ser desechado; de modo tal que la mentada cosa mueble es producto, en la medida que es ofrecido a la consideración de los consumidores. El hecho de poner el producto en circulación da cuenta que tanto el fabricante como los intervinientes en la cadena son contestes de estar ante un producto en condiciones de consumir (7).

El Anteproyecto se distancia de la tesis de otros ordenamientos respecto de la decisión de conceder al proveedor la posibilidad de eximirse de responder mediante la acreditación de la no puesta en circulación del producto, conforme lo hace el art. 7 de la Directiva 84/374 CEE, instrumento que fijó las bases de la regulación de la materia (8). Pero no desdeña en absoluto el particular, en efecto, si bien no lo erige como eximente, aparece aludido en el art. 110 y es fijado como mojón para el cálculo de la caducidad en el art. 116. Desde el miraje que aquí se desarrolla no parece criticable el silencio ante tal causal de eximición, y ello en base a

(7) Una sentencia brinda un buen ejemplo: se trataba de un ómnibus destinado a ser colectivo, es decir transporte de pasajeros, cuyo chasis había sido terminado por “Mercedes Benz” y entregado al comprador; quien, mientras se trasladaba hacia “El Detalle”, empresa que le instalaría la carrocería, sufrió un accidente y causó daños, por un desperfecto en el sistema de dirección. La sentencia resolvió conforme a las normas del art. 1113 del Código Civil hoy derogado, sobre la base de la responsabilidad del dueño o guardián por la cosa riesgosa. Empero, a la luz de lo que se viene exponiendo en el texto, es pertinente la pregunta acerca de si se trataba de un producto terminado. Cabe presumir que efectivamente lo era. La entrega al usuario importa la actitud por parte del fabricante de poner a circular el producto terminado; distinta hubiese sido la cuestión, si se reservaba la realización del traslado por su parte, y el producto se hubiese entregado totalmente terminado y verificada su seguridad. En otros términos, el modo en que se pone a disposición del mercado un producto, contribuye a su seguridad. Ver “Decastelli, Oscar F. c. Transporte Gral. Balcarce s/ds. y pjs.”. CNCiv., sala B, 17/11/2006, en AR/JUR/11081/2006.

(8) Asimismo, el art. 1245-10, 2º del Código Civil francés reformado, por citar al último antecedente extranjero sancionado en el año 2016.

dos razones: por un lado, bien vista la cuestión, en el debate concreto de la responsabilidad, la controversia acerca de si una cosa fue lanzada o no al mercado involucra más al tipo de responsabilidad aplicable que a la responsabilidad en sí, ya que califica a la cosa como producto; por otro, en aquellas geografías en donde se erige como causal de exoneración, se ha suavizado el carácter de la eximente, ya que si el producto se encuentra ofrecido en el mercado, la puesta en circulación se presume (9). No obstante, —cabe entender—, resiste el carácter de elemento definitorio de esta responsabilidad especial.

### III.1.2.2. Elementos para la caracterización de defectuoso de un producto

El art. 110, al referirse a los productos defectuosos dice: “un producto puede presentar defectos de diseño, de fabricación, información o conservación”; esta concepción otorga un carácter funcional a la idea de defecto de producto, ensanchándola hacia la idea de un defecto de seguridad; desde que excede la idea de una “falla de un mecanismo técnico” aislado del modo de uso que la cosa sugiere; en efecto, la prestación de seguridad comienza con la ideación, proyección del producto, su relación con una necesidad determinada del usuario; las prevenciones, que en ocasiones serán del tipo informativas, pero la más eficaces transitan por obturar, dificultar los usos más riesgosos (10);

(9) Ver antecedentes de la Corte de Justicia de la UE “Declan O’Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd.”, en RTD civ. 2006, p. 331.

(10) En la actualidad, la economía del comportamiento, puso sobre el tapete la cuestión de los incentivos que tienen idoneidad para indicar conductas aconsejables o beneficiosas; derivado de esto, los denominados *nudges* enfocados en la prevención de daños, serían más que efectivos y presentan una oportunidad de trabajo colaborativo entre los particulares y el Estado, a los fines indicados. Acerca de la idea de *nudges* puede verse *Un pequeño empujón*, de THALER, R. y SUSNSTEIN C., Penguin Random House, 2017. Estas ideas —como explica Acciarri— se inscriben en el marco jurídico: “Dentro de la investigación jurídica muchos, y desde hace mucho tiempo, estamos convencidos de que el estudio de los factores que inciden en el comportamiento humano es relevante para esos fines. Creemos, también, que restringir a priori la perspectiva de estudio sobre esos factores no es la mejor opción. Por caso, más allá de la racionalidad de la Economía Neoclásica, la Psicología Conductual estudia los llamados sesgos en nuestras

los envoltorios, la gráfica, la simbología, el modo de conservación de la cosa, aun cuando se encuentra ya en custodia del consumidor son determinaciones que hacen a la mentada prestación de seguridad.

El “defecto de seguridad” aparece en la literalidad del art. 110 que se viene comentando, cuando define que un producto es defectuoso “... si no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar...”: el giro cabe entenderlo comprensivo de una máxima de experiencia, desde que, por lo general, un producto se concibe para un tipo de usuario —como construcción abstracta— más o menos delimitado; del mismo modo, tal grupo presenta una finalidad de uso que lo opera de determinado modo; se presenta una manipulación previsible, y esa previsibilidad es directamente proporcional al riesgo que el producto ofrece; esto es el lanzamiento al mercado de un producto con riesgo de daño debe involucrar pruebas, estudios, análisis, experimentación a fin de calibrar usos, riesgos, prevenciones, información, etc. A esto refiere el texto que sigue de la norma citada, “... teniendo en cuenta todas las circunstancias, y especialmente su presentación, la información que se proporcionó, su uso razonablemente previsible...” (11). Esa máxima de experiencia se nutre del nivel general de seguridad que presentan los productos ofrecidos en el mercado; por ello el texto resalta que habrá defecto de seguridad “... si no ofrece la seguridad que normalmente presentan los demás ejemplares de la misma serie...”: esta premisa compara los productos iguales entre sí y, en particular,

decisiones desde su perspectiva, pero la Biología Evolutiva escarba en las raíces somáticas de aquello que luego se manifiesta como un modo u otro de decidir. Las neurociencias coinciden con una buena parte del objeto de interés de aquellas áreas, pero desde un punto de vista peculiar. A su vez, las técnicas y procedimientos automatizados de tratamiento y de recolección de datos permiten constatar, empíricamente, las afirmaciones que se desprenden de las teorías y ayudan a modificarlas y a inspirar y constatar teorías nuevas. Creemos, en síntesis, que la complementación de esas miradas y saberes es útil y posible” (LL 2018-C-1272).

(11) En este punto el anteproyecto es más explícito que sus antecedentes extranjeros, recogiendo, además, la experiencia jurisprudencial, así en Francia, se atribuye a la labor judicial prestar consideración a “la presentación del producto”. BENABENT, Alain, *Droit des Obligations*, Paris. LGDJ, 2016, nro. 645, p. 487.

los de la misma serie de fabricación, o partida de producción (12).

Estas ideas, son el principio que cunde en el derecho comparado al considerar el concepto de producto defectuoso como aquel que no ofrece la seguridad que es esperable que debe ofrecer —así el art. 6° de la Directiva CEE 85/374—, asimismo, el art. 1245-3 del Código Civil francés, recientemente reformado; en una fórmula que parece tautológica o una petición de principio; sin embargo, el giro conceptual, pretende capturar las circunstancias que hacen a un estándar de seguridad apropiado. Para lo cual cabe atender:

i) Ante todo “al curso ordinario y natural de las cosas”, cotidianamente se utilizan las cosas de modo en que el usuario no se daña, hay un modo predecible de proveer productos y un modo previsible de uso (13).

ii) El nivel apropiado de seguridad está conformado por las normas y directivas emanados de diferentes organismos, algunos de ellos públicos, otros, organizaciones no gubernamentales, que proveen resultados de estudios y análisis, en ocasiones convertidos en normativas que refieren a reglas de prevención y seguridad (14).

(12) Es en base a estas consideraciones que se ha catalogado al concepto de seguridad en la materia, como un concepto relativo. Ver BENJAMIN, Antonio H., en *Manual do Direito do Consumidor*, Benjamin - Márquez - Bessa, RT, 5ª ed., São Paulo, 2013.

(13) Esta regla es la que se pone en juego, verbigracia, en un caso en donde un envase de aerosol que contenía un desodorante de ambiente situado en un baño —concretamente al lado del inodoro— explota en razón de que la madre a fin de hacerle nebulizaciones a su hijo, apoya en el piso del baño una cacerola conteniendo agua caliente. La temperatura hizo explotar el envase aludido dañando los participantes. Estos hechos ponen en vilo la regla, ya es menester juzgar si las circunstancias relatadas trasuntan, no un uso adecuado, porque no hubo uso del producto; sino si este ocasionó un daño por su propia potencialidad dañosa o bien en razón de ser expuesto a circunstancias que predicen una potencialidad de daño anormal. La CNCiv., sala F, en autos “MMA y otros c. Clorox Argentina SA y otros s/daños y pjs.”, LL 2014-D-477, rechazó la demanda por considerar que las circunstancias relatadas potenciaron el riesgo del producto, ya que contravenían las precauciones de uso informadas.

(14) Son las denominadas reglas de “normalización” que en la Argentina se reúnen bajo el Sistema de Normas

La 2ª parte del apart. 2º del art. 110, reza “El producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente a su puesta en circulación haya sido colocado en el mercado otro de mejor calidad”, esta regla debe entenderse en el contexto de que el paradigma de producto defectuoso viene dado por la “potencialidad de riesgo anormal” de un producto (15), por lo tanto el mero hecho de que en el mercado haya productos que presenten mayor nivel de seguridad, de por sí, no evidencian el defecto del producto en consideración. Aunque cabe aclarar que la superación de calidad en materia de seguridad va elevando la vara de riesgos potenciales previsible, y es así como se construye el concepto de “obligación de seguridad exigible o prestable” por los proveedores de bienes y servicios; conforme las pautas ya analizadas (16).

En definitiva, el concepto de seguridad se construye a partir de i) las regulaciones de organismos públicos que regulan las condiciones básicas que debe tener un producto; ii) normas de tipo convencional emitidos por entes privados que se preocupan por la certificación de condiciones de seguridad internacionalmente aceptadas; iii) las reglas del mercado, conforme un estándar de seguridad regularmente ofrecido.

A estas alturas, la distinción entre prestación de seguridad, prestación de calidad puede hacerse con nitidez: la primera atiende a la proyección de daños al consumidor, usuario, o terceros; mientras que la falla de calidad atiende

---

de Calidad y Certificación, ver <http://www.iram.org.ar/index.php>.

(15) MALAURIE - AYNES, *Droit des Obligations*, LGDJ, Paris, 2016, nro. 306, p. 180.

(16) Cabe ejemplificar con la experiencia de la industria automotriz, en donde en la competencia los fabricantes se afanan por proporcionar a sus productos de mayor calidad y ello redundando en distintos niveles de seguridad; lo que no predica —sin más— considerar a los más económicos como “defectuosos” en la medida que cumplen con la expectativa de seguridad mínima requerida por un automóvil en la actualidad. Sin embargo, el uso generalizado de ciertos atributos de seguridad —cinturones, *air bags*, sistema de frenado, etc. — se van incorporando a un concepto de “prestación mínima de seguridad” que es la idea que el concepto de producto defectuoso pretende asir.

a la cuestión de los vicios ocultos o más extensamente comprendido, la denominada garantía de satisfacción del producto o servicio (conforme el capítulo 6º del anteproyecto).

### III.1.3. Servicios defectuosos

El art. 109, 2º párr., considera servicio “cualquier actividad prestada por un proveedor, cualquier sea su objeto”. Luego, sobre idénticas ideas a las desarrolladas respecto al producto defectuoso, se construye el concepto de servicio defectuoso (art. 111), solo que en este caso se puntualiza que la expectativa de seguridad ha de evaluarse conforme a “... el modo de proveerlo, los riesgos previsible de su realización, el tiempo en que fue suministrado y la información proporcionada” (17). En la prestación de servicios, *mutatis mutandi*, son aplicables los principios analizados *supra*; la cuestión que presenta mayor necesidad de previsión es lo relativo a servicios que presentan de por sí, cierto riesgo, o si se quiere el servicio consiste en la exposición al riesgo; como por ejemplo aquellas relacionadas con el esparcimiento, así, el aladeltismo, paracaidismo, etc., en tales casos el umbral de la prestación del servicio y seguridad a garantizar, viene dado por la directiva del art. 1719 del Cód. Civ. y Com., en cuanto dispone que “La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal”; por tanto la prevenciones del riesgo por parte del proveedor del servicio debe excluir cualquier incidencia de un riesgo previsible propio de esa actividad riesgosa (18), máxime que en el ámbito del ser-

---

(17) Se ha controvertido la consideración del concepto “servicio defectuoso” y su asimilación a la idea de producto defectuoso (ver PRIETO MOLINERO, Ramiro, “Evolución y teoría de la responsabilidad objetiva por productos”, en *Ley de Defensa del Consumidor comentada*, PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA, t. II, p. 751); sin embargo, en la actualidad no cabe desconocer que la obligación de seguridad en cabeza de quienes diseñan, piensan, ofrecen servicios, es indiscutible que genera una responsabilidad de índole objetiva que justifica un tratamiento conjunto.

(18) Así se ha decidido que “Si el río en donde se produjo el accidente mortal por una riada era utilizado

vicio al consumidor la causal exonerativa es de interpretación restrictiva, como se verá *infra*.

### III.1.4. Legitimación activa

El art. 112 confiere legitimación para reclamar la reparación por daños ocasionados por productos elaborados “...a toda persona que haya resultado damnificada, sea directa o indirectamente... se trate o no de un consumidor”. Ello es conteste con el art. 2º, último párrafo, que a los efectos de la seguridad, refiere al expuesto a una relación de consumo —por definición, quien no es parte de una tal relación, pero termina siendo perjudicado por un incumplimiento a las obligaciones propias de un proveedor de bienes y servicios; y, asimismo, es coherente con la entronización de una “garantía general de seguridad” en cabeza de los proveedores de bienes y servicios (art. 17, 2º párr.). En definitiva, la legitimación al expuesto a una relación de consumo, conlleva la garantía general de la inocuidad respecto de los productos y servicios.

### III.1.5. Fisonomía de la responsabilidad

Se trata de una responsabilidad objetiva (art. 115), en la cual el legitimado activo está precisado a probar: 1) el defecto del producto o servicio, o lo que es lo mismo, el carácter de producto o servicio defectuoso; 2) que tal defecto fue la causa del daño (conf. art. 113); en la cual, la causa eximitoria, se encuentra calificada.

A la responsabilidad por producto o servicio defectuoso, el proyecto la califica como “res-

ponsabilidad colectiva”, conforme al art. 114, generando una nueva subclase de este tipo de causalidad plural en referencia a los mentados en la sección 8ª, del cap. Iº del título V del Cód. Civ. y Com.; diseñando una responsabilidad concurrente —no solidaria—, como lo señala el código de fondo citado. En este contexto, el consumidor debe probar el defecto del producto, pero no su causa, sino que tal defecto es la causa de su perjuicio. Así las cosas, se genera una presunción de causalidad que da sustento a la legitimación pasiva de todos los que intervienen en la cadena de producción, distribución, comercialización del producto o servicio, etcétera.

Consecuentemente, con el carácter objetivo de la responsabilidad, la índole colectiva en la participación de la causación; es que ninguno de los legitimados pasivos puede eximirse de responder por el hecho de los otros integrantes de la cadena de producción y/o comercialización; aun cuando no medie entre ellos relación contractual alguna, o bien se trate de un defecto respecto del cual el participante de la cadena no pueda advertir; es que, sencillamente, no se configura el requisito de ajenedad propio del caso fortuito con entidad extintiva.

Tampoco funciona como excusa el cumplimiento de reglas de arte, autorización administrativa, cumplimiento de normas —salvo en la medida que imperativamente impongan un modo de fabricación, elaboración, diseño del producto —art. 115, 2º párr.—; lo que es coherente con el deber general de garantizar la inocuidad del producto, debiendo —los proveedores de bienes y servicios— sostener la búsqueda constante de parámetros de seguridad más altos.

El “hecho de la víctima” es el giro que en materia de responsabilidad civil y más precisamente, a la hora del análisis de la relación de causalidad permite analizar y juzgar, en su caso, el rol que le cupo a la víctima en la causación del daño; el estándar de apreciación en la responsabilidad objetiva general está dado por la necesidad de que constituya un caso fortuito, esto es un hecho ajeno al riesgo propio de la cosa o actividad de que se trate; ajeno a un comportamiento calificable de culposos; extraordinario e inevitable. Pero en el caso particular de la responsabilidad por producto que organiza el Anteproyecto el estándar se vuelve más riguroso, se eleva la vara

---

como parte de la atracción turística ofrecida por la asociación que explota un complejo vacacional contratado por los reclamantes, como así también que el “balneario” al que se refiere la publicidad, y la posibilidad de utilizar la ribera para sumergirse en las aguas era una alternativa alentada por la publicidad y por las instalaciones sanitarias aledañas, que generaba la creencia de que los turistas podían bañarse en el río o estar en la zona de piedras, como parte de las atracciones ofrecidas, la asociación demandada es responsable de la muerte de la turista; el lugar carecía de carteles indicadores relativos al peligro o a una prohibición de bañarse, tampoco los huéspedes no eran informados verbalmente por la administración sobre los desbordes y estragos que produce el fenómeno hídrico”; CNCiv., sala G, 29/12/2017, “R., V. A. y otros c. Asociación Mutual Unión Ferroviaria y otros s/daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte)”, LL Online: AR/JUR/104079/2017.

de apreciación desde que declara “la eximiente del hecho de la víctima es de interpretación restrictiva” y la califica “...sólo procede ante la prueba de una culpa grave o dolo del damnificado” (art. 115, párr. 3ª).

Los riesgos del desarrollo, el proyecto propone descargarlos sobre las espaldas de los legitimados pasivos. Es decir, en el supuesto en que la *communis opinio*; esto es, el estado general del conocimiento científico o técnico disponible, no haya podido advertir de la peligrosidad de determinado producto, sustancia, componente, etc., por lo cual no podía si quiera activar ningún mecanismo de evitación de daños (con lo que se descarta una situación de incumplimiento al deber de precaución), es igualmente responsable, y le está vedado esgrimir esta circunstancia como causal eximitoria. El tratamiento a fondo de la cuestión excede a esta clase de aporte, pero cabe justificar la tesisura del proyecto con el dispositivo del art. 116, con lo cual se logra un adecuado balance de los riesgos inherentes a la debatida cuestión (19).

De todo lo expuesto, surge que la eximición de la responsabilidad de los integrantes de la cadena de producción y comercialización está dada por el hecho de la víctima; o por un tercero, que, en este caso, no debe estar involucrado en la lógica productiva-comercial del producto o servicio. Y ambos extremos presentan una interpretación de índole restrictiva en cuanto a su andamio. Y ello así por lo siguiente:

(19) La posibilidad de reconocer efectos liberatorios a la imposibilidad de dilucidar la nocividad del producto al momento de lanzamiento del producto al mercado, involucra una decisión de política legislativa. Los países con altos niveles de investigación, centrada primordialmente en el área de la salud, se muestran proclives a sostener la causal liberatoria. No obstante, desde la lógica estrictamente jurídica se trata de un defecto intrínseco del producto que —habida cuenta la tradicional responsabilidad objetiva que engendra— importa poner el aludido riesgo en cabeza del productor o fabricante. La tesisura del anteproyecto resulta defendible, desde que el reparto de riesgos se balancea con la caducidad decenal del derecho de reclamo de la víctima. Los tribunales nacionales tuvieron oportunidad de considerar tal responsabilidad en los autos “PFM c. Inmuno SA” ya citado, fallado por la CNCiv, sala H, del 3/8/2009, precedentes que da cuenta del debate en la doctrina nacional.

i) El contexto de la responsabilidad de los legitimados pasivos se encuadra en la manda del art. 1725, Cód. Civ. y Com.: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

ii) Se verifica pues en cabeza de los legitimados pasivos una obligación de garantía de seguridad —ya referenciada— que impone una vara más estricta en la prevención del daño; son generadores de confianza en la inocuidad del producto, de allí la generosa interpretación para la integración de su elenco. Ahora bien, como obligación concurrente que es, en la acción de regreso —una vez desinteresado el damnificado— será responsable quien haya causado el daño, o más precisamente, quien haya introducido el defecto al producto o servicio. De allí se sigue —v.gr.— que al fabricante no le es útil frente a la acción del consumidor probar que al momento de introducir el producto en el mercado no era defectuoso; sino que tal extremo ha de ventilarse, en su caso, en la acción de regreso entre los legitimados pasivos en la acción respecto del consumidor y/o expuesto a la relación de consumo.

iii) No se toma en cuenta un consumidor particular, sino la conducta general de todos los consumidores; recurriendo a un arquetipo de consumidor medio en su circunstancia, medio social, hábitos de uso. Desde esta perspectiva, tanto el hecho de la víctima, como el del tercero, en tanto responsabilidad objetiva, deben revestir el carácter del caso fortuito; en otros términos, tales actuaciones deben presentar un carácter extraordinariamente fuera de lo común, de modo tal que se constituya en la causa única del daño.

v) En cuanto a la prueba del defecto por parte del legitimado activo es menester destacar que pesa sobre los legitimados pasivos el deber de

colaboración a este respecto. A cuyo deber el art. 167 le otorga un contenido concreto: “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. La falta de cumplimiento de este deber será considerada una presunción en su contra”. Esta máxima asume que en lo concerniente al carácter de defectuoso del producto o servicio quien está en mejores condiciones de probar son los legitimados pasivos, por lo tanto, no se trata sino de una distribución de la carga de la prueba equitativa conforme a las circunstancias del caso. En rigor, por lo general, al consumidor le alcanzará con probar un daño y un uso normal o habitual de un producto o servicio, trasladando así el peso de la prueba hacia los demandados (20).

vi) En lo concerniente al aspecto procesal, y en punto a la prueba del carácter de defectuoso del producto, es de subrayar la trascendencia de la participación necesaria del Ministerio Público Fiscal en el proceso coadyuvando —en su carácter de fiscal de la ley— en la determinación de este determinante elemento (ver art. 165 del Anteproyecto).

### III.1.6. La cuestión de la caducidad de la responsabilidad

El diseño original de esta responsabilidad en la Directiva Europea que la concibió, en su art. 11, establece que “Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que los derechos conferidos al perjudicado en aplicación de la presente Directiva se extinguirán transcurrido el plazo de diez años a partir de la fecha en que el productor hubiera puesto en circulación el producto mismo que causó el daño, a no ser que el perjudicado hubiera ejercitado una acción judicial contra el productor”. Tesitura que es seguida por el Anteproyecto en su art. 116.

(20) Ya la jurisprudencia viene distribuyendo la carga de la prueba en el sentido apuntado, restándole utilidad a las posiciones meramente negatorias de las actitudes esgrimidas por la parte actora; sino que requiere un rol activo, no solo explicativo, sino demostrativo, de las circunstancias causales del perjuicio. V.gr., “Paz, Jorge A. c. Volkswagen de Argentina S.A s/sumarísimo”. CApel. Comodoro Rivadavia, sala A, del 15/9/2017, LL Online: AR/JUR/62506/2017.

El plazo de caducidad decenal es contado desde la fecha del lanzamiento del producto al mercado; es decir cuando el producto es puesto en circulación o cuando el servicio es ofrecido. El momento indica la conciencia del productor, fabricante, comercializador o vendedor de que el producto o servicio está terminado, es decir, la fase de elaboración finalizó, de modo que es posible predicar un eventual defecto de producto. Lo que descarta la aplicación de esta responsabilidad cuando el producto no está lanzado al mercado, precisamente, en razón de que no es tal. De lo que no se sigue la irresponsabilidad —como ya se dijera—; sino que serán aplicables las normas generales de la responsabilidad civil.

El plazo de caducidad es conteste con la naturaleza de la prestación de seguridad la cual esta circunstanciada a la realidad imperante al momento del lanzamiento del producto al mercado (21). No parece razonable extender una garantía de semejante intensidad *sine die*. Pero, además, la justificación del dispositivo de la caducidad encuentra otras razones, por un lado, la obsolescencia media que presentan los productos y servicios en la economía actual; el recambio de productos es más acelerado; y conectado con esto, y con lo considerado respecto de los riesgos del desarrollo, la velocidad de superación tecnológica de los productos y servicios; el plazo decenal aparece absolutamente adecuado.

Ahora bien, los derechos susceptibles de caducidad son los del damnificado de reclamar de acuerdo a los derechos emanados de este tipo de responsabilidad, es decir que comprende al consumidor, al equiparado y a todo otro perjudicado aún no consumidor; ergo, todos los potenciales legitimados pasivos pueden oponer la caducidad como defensa.

La caducidad de los derechos, de conformidad al art. 2566 del Cód. Civ. y Com., “... extin-

(21) Repárese que el art. 118 del anteproyecto de marras, establece: “...el bien o servicio debe cumplir con una evaluación de la seguridad que deberá basarse en la aplicación de las mejores prácticas y tecnologías disponibles, *el estado actual de los conocimientos y de la técnica al momento de la puesta en el mercado* y el nivel de seguridad que puedan esperar razonablemente los consumidores”.

que el derecho no ejercido”; por lo que —tal como dispone el art. 2567 Código citado, “... los plazos de caducidad no se suspenden ni se interrumpen...” Así las cosas, desde la fecha del lanzamiento del producto al mercado, el ordenamiento propuesto, concede el plazo de 10 años para ejercer la acción dotada de las particularidades aquí descriptas. No iniciada la acción en el plazo de ley, la vía aparece vedada al damnificado por obra de la caducidad. En cuanto a la determinación y prueba del plazo de lanzamiento al mercado del producto, le son aplicables las particularidades probatorias favorables al consumidor y en particular el deber de colaboración en cabeza del proveedor que esgrime el art. 113 del anteproyecto.

Como en todo otro derecho que esté supeditado a la caducidad, a la par de ella, se conjuga —aunque no se confunde— el plazo de la prescripción de la acción. Naturalmente que la pervivencia de la acción se da en el marco de la supervivencia del derecho. No hay derecho, no hay acción. La prescripción liberatoria en el anteproyecto está tratada en el capítulo 6º y el plazo aplicable a la acción de responsabilidad por producto sería de 3 años, de conformidad al art. 183; y las vicisitudes del plazo de prescripción se rigen por las normas del código civil y comercial y las particularidades dispuestas en los párrs. 2º y 3º del art. 183 del anteproyecto. Pero lo que interesa aquí puntualizar es que el plazo de caducidad corre desde el momento que el producto es lanzado al mercado y se extiende por diez años; mientras que el de prescripción de la acción corre desde “... el día en que la prestación es exigible” (art. 2554 Cód. Civ. y Com.)<sup>(22)</sup>.

#### **IV. Daños causados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor**

El art. 117 del Anteproyecto delinea el contenido de la obligación de seguridad —acce-

soria— en cabeza de los proveedores a la que se refiere los ya mencionados arts. 17 y 18 del anteproyecto, en la medida que estos se valgan de establecimientos o instalaciones, entendidas éstas como el ámbito físico para presentar, publicitar, mostrar, vender, o cualquier otra acción relacionada con la comercialización de productos o servicios encuadrables en el concepto de una relación de consumo.

Comprende a las instalaciones relacionadas con actividades comerciales como locales, centros de comercialización o de compras, exposiciones, salones para espectáculos, hoteles, cines, fiestas, restaurantes, organización de espectáculos en la vía pública (o carreras, maratones, etc.), estadios; asimismo a lo inherente o accesorio a servicios, como los andenes o paradas —en el contrato de transporte— terminales de ómnibus y aeropuertos, caminos, avenidas, rutas objeto de concesiones; etc.; en definitiva se trata de todo aquel ámbito en donde uno o varios proveedores u organizadores de eventos o servicios tengan poder de vigilancia o control efectivo (ver art. 117, 2º párr., *in fine*).

La descripción es tan amplia como la jurisprudencia ha dado oportunidad de ir reconociendo la existencia de una obligación de seguridad.

Y, es más, se extiende la obligación de seguridad más allá de los confines del contrato, en la medida de la previsibilidad en abstracto que el evento o servicio prestado requiera, verbigracia, terminado un espectáculo público, para el organizador, proveedor del servicio de esparcimiento, los avatares de la desconcentración de un evento masivo, no puede ser ajenas las dificultades que ello apareja.

La responsabilidad es calificada como objetiva, en los términos del art. 1723, Cód. Civ. y Com. Y la norma proyectada califica a la causal de eximición de responsabilidad, ya que para que el hecho de la víctima tenga tal relevancia, debe consistir en una conducta que trasunte una culpa grave o dolo del damnificado (ver art. 117, 4º párr.).

<sup>(22)</sup> Para analizar las alternativas de la prescripción de las acciones en general, ver SANTARELLI, Fulvio G. en ALTERINI - ALTERINI, *Código Civil y Comercial comentado*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, comentario art. 2554 y conchs., t. XI, ps. 891 y ss.



# Daños causados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor

---

FEDERICO S. CARESTIA (\*)

## I. Introducción

El objeto de este trabajo es realizar un breve recorrido por la evolución que ha tenido la obligación de seguridad en el marco del derecho del consumo para luego comentar las notas distintivas que ofrece al respecto el Anteproyecto de Ley de Defensa al Consumidor, presentado recientemente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El art. 117, titulado “obligación de seguridad”, ubicado como capítulo 3, del título IV (Daños al Consumidor), prevé que “el proveedor es responsable por los perjuicios derivados de la lesión de personas o los daños a bienes en el interior del establecimiento del proveedor o en el ámbito físico de su incumbencia. Comprende las inmediaciones del establecimiento, en la medida en que en ellas existan peligros derivados de la relación de consumo; así como los corredores viales concesionados, los estadios, los lugares donde el proveedor organiza eventos de cualquier tipo, los andenes, escaleras de acceso, salas de espera y demás instalaciones relacionadas con los medios de transporte, y cualesquiera otros que formen parte del ámbito de competencia del proveedor o en los que

este tenga o deba tener un poder de vigilancia o control efectivo. También se aplica a las situaciones post-contractuales, en la medida que el hecho resulte razonablemente previsible para el proveedor. La responsabilidad es objetiva en los términos del art. 1723 del Código Civil y Comercial. La eximente del hecho de la víctima es de interpretación restrictiva y sólo procede ante la prueba de una culpa grave o dolo del damnificado. Quedan excluidos de esta disposición los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones principales comprometidas por el proveedor en el marco del contrato de consumo”.

Como se explica en los fundamentos del Anteproyecto, la nueva norma regula la problemática de los daños causados a las personas o bienes dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor (en estadios, hoteles, playas de estacionamiento, centros comerciales, clínicas, centros de esquí, etcétera). La disposición, que brinda un desarrollo pormenorizado y particular de la obligación de seguridad —consagrada de modo genérico en los arts. 17 y 18—, recoge los criterios doctrinarios y jurisprudenciales predominantes en la materia. Se trata de una propuesta ampliamente superadora al régimen de la actual Ley de Defensa al Consumidor.

## II. Evolución de la obligación de seguridad. Consagración constitucional y legal expresa en el marco del derecho del consumo

### II.1. Antecedentes. Aclaraciones preliminares

Si bien el origen de las obligaciones de seguridad —en general— puede rastrearse en la

---

(\*) Master of Laws (LLM), Columbia University; Magíster en Derecho y Economía, Universidad Torcuato Di Tella; Abogado, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Cátedra de Obligaciones Civiles y Comerciales, Universidad de San Andrés; Profesor de Obligaciones y Derecho de Daños, Universidad de Buenos Aires. Profesor invitado en otras universidades. Secretario de Cámara de la sala III de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Federal.

legislación francesa sobre accidentes de trabajo del siglo XIX (1), suele identificarse como hito trascendental de su nacimiento al célebre fallo dictado por la Corte de Casación Francesa del 21 de noviembre de 1911 en la causa “Zbidi Hamida c. Compañía General Transatlántica”. En tal pronunciamiento, el tribunal francés destacó que, en el contrato de transporte de pasajeros, además de las obligaciones principales asumidas por las partes, existía una obligación accesoria tácita de conducir al pasajero sano y salvo a destino, pues resultaba de una interpretación del principio de la buena fe (2).

Luego de este precedente, la jurisprudencia francesa fue ampliando el campo de aplicación de este instrumento a una gran cantidad de contratos (3) (entre otros, los de enseñanza, juegos de feria, espectáculos públicos y comercialización de productos elaborados (4)). En un contexto en el que aun no se encontraba debidamente desarrollada la responsabilidad extracontractual objetiva por el hecho de las cosas, se le proporcionaba al acreedor contractual una adecuada tutela frente a ciertos eventos dañosos (algunos de gran escala), aligerando la carga de la prueba (5).

En el derecho argentino, la obligación de seguridad tuvo un extraordinario desarrollo (6) y una continua expansión (7) tanto en la doctrina

(1) MAYO, Jorge A., “Sobre las denominadas Obligaciones de Seguridad”, LL 1984-B-949 y ss.

(2) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La obligación de seguridad en la relación de consumo y su base constitucional”, LL 2010-F-1242.

(3) VINEY, Geneviève - JOURDAIN, Patrice, “Les conditions de la responsabilité civile”, dans le *Traité de droit civil dirigé par Jacques Ghestin*, L.G.de D. et J., París, 1998, p. 410, nro. 501.

(4) BORAGINA, Juan Carlos - AGOGLIA, María M. - MEZA, Jorge A., “La obligación de seguridad en los contratos de consumo”, JA 1997-III-636.

(5) PICASSO, Sebastián, “Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común”, RCCyC 2015 (julio), p. 146; MAYO, Jorge A., “La obligación de seguridad y el factor de atribución”, RCyS 2014-V-308.

(6) JALIL, Julián Emil, “Fuentes normativas y características esenciales de la obligación de seguridad”, LL 2012-E-186.

(7) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Obligación de seguridad”, en *Rev. Lexis Nexis*, Buenos Aires, 2005, mes de junio, ps. 32 y ss.

como en la jurisprudencia, que se han encargado de delinear los contornos que la rodean y de aplicarla a una multiplicidad de escenarios. Tal es así, que se han examinado con detenimiento los deberes de protección convenidos expresamente por las partes, los impuestos por la ley y los que surgían tácita o implícitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación e integración a la luz del principio de la buena fe (8). En todos los supuestos, se procura la protección de las personas que ven afectada su integridad física o la de sus bienes (9) en el transcurso del vínculo contractual.

Más allá de los consensos logrados, se han generado complejos e intensos debates sobre el fundamento, la naturaleza, los caracteres y el alcance de este instituto. Sobre todo, cuando no está previsto expresamente por las partes o no surge de una ley (entre otras cuestiones controvertidas, se discute si se trata de una obligación principal, accesoria o secundaria (10); si es de medios o de resultado; cuál es su factor de atribución; si se aplica implícitamente a todos los contratos o solamente a los que reúnen determinadas características (11), etc.). Incluso,

(8) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La obligación de seguridad”, Sup. Esp. Obligación de Seg. 2005 (septiembre), 3, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1263; SAUX, Edgardo, en TRIGO REPRESAS, Félix A. - COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Código Civil comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. I, p. 234.

(9) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, Léon - MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil. Parte segunda*, vol. 2, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1960, ps. 48 y ss.

(10) MÜLLER, Enrique C., “La obligación de seguridad en los espectáculos públicos”, Supl. Esp. Obligación de Seg. 2005, 32, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. V, 1265.

(11) Ver, entre tantos otros, AGOGLIA, María Marta - BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge, “La buena fe y la obligación de seguridad”, en *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, 2004; PREVOT, Juan M. - CHAIA, Rubén A., *La obligación de seguridad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 109; APARICIO, Juan M., *Contratos. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, vol. III, p. 694; TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, ps. 815 y ss.; PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. III, p. 262; MAYO, Jorge A., “Estudios de derecho civil”, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 149/150; SAGARNA, Fernando A., *Responsabilidad civil de los do-*

luego de la sanción del Código Civil y Comercial, presenciarnos un desencuentro doctrinario más moderno, referido a la subsistencia o no de estas obligaciones en el derecho común (12).

El análisis de las citadas discrepancias (con las salvedades que oportunamente se harán), si bien resulta sumamente interesante, excede el marco de este humilde aporte. Es que, en materia de relaciones de consumo, desde la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor en el año 1993 y la reforma constitucional del art. 42 en 1994, la obligación de seguridad tiene una regulación legal expresa. Por ende, los supuestos contractuales en los que la jurisprudencia fue creando pretorianamente tácitas obligaciones de seguridad (fundadas en el principio de la buena fe), están ahora sometidos —en su gran mayoría— a la normativa positiva tuitiva de los consumidores y usuarios: se trata de una obligación expresa, con fuente legal y constitucional (13).

## **II.2. El régimen actual. Fuente legal y constitucional del deber de seguridad en las relaciones de consumo**

El art. 5° de la ley 24.240 establece que “las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal, que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten

---

*centes y de los institutos de enseñanza*, Depalma, 1994, p. 158; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 4, p. 393; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión”, LL 1976-C-67; ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles - comerciales - de consumo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 590; STIGLITZ, Gabriel A., “El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados”, LL 1985-D-18.

(12) BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., “La obligación de seguridad. Su vigencia y trascendencia en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCyS 2016-III-5; PICASSO, Sebastián, “Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común”, RCCyC 2015 (julio), p. 146; PIZARRO, Ramón Daniel, “¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?”, LL 2015-E-840; GESUALDI, Dora M. - SILVESTRE, Norma O., “La unificación parcial o limitada de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Vigencia actual de la obligación de seguridad”, JA 2018-II-1386.

(13) PICASSO, Sebastián, “El fin de la obligación de seguridad en el derecho común”, LL 2015-E-1220; *id.*, “Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común”, RCCyC 2015 (julio), 146.

peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”. Este precepto general se complementa con el art. 6, que prevé que “las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos”.

La Ley de Defensa al Consumidor incorpora en su art. 5° el deber de seguridad en las relaciones de consumo, sin hacer ninguna distinción respecto de las características de peligrosidad que pueda exhibir la prestación principal (que constituía uno de los parámetros adoptados por parte de la doctrina para identificar la existencia tácita de la obligación) (14). A su vez, el dispositivo legal alude genéricamente a que “las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados”. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la norma no se circunscribe a los supuestos en que el consumidor o usuario utiliza las cosas o los servicios por sus propios medios, sino que abarca todas las situaciones en las que pueda derivársele algún tipo de perjuicio.

De este modo, por expresa decisión del legislador, la obligación de seguridad ha quedado inexorablemente anexada a todo negocio celebrado en el marco del derecho del consumo. En este puntapié inicial normativo, sumamente valioso, se asigna al proveedor el deber de garantizar que, con motivo de su prestación, los consumidores no sufrirán ningún daño en bienes distintos de los que conforman el objeto contractual (15).

Apenas un año después de la sanción de la Ley de Defensa al Consumidor, la reforma constitucional dispuso en el art. 42 que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”. Así, se disiparon todas las dudas sobre la existencia y el alcance del deber de seguridad,

---

(14) BORAGINA, Juan Carlos - AGOGLIA, María M. - MEZA, Jorge A., “La obligación de seguridad en los contratos de consumo”, JA 1997-III-636.

(15) FARINA, Juan, *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 179.

que fue dotado de jerarquía constitucional. La norma amplía el marco de protección de la salud e integridad física de la ley 24.240 a los intereses económicos, que comprenden todo tipo de bienes.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido, categóricamente, que la incorporación del vocablo “seguridad” en la Constitución es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios a desempeñar conductas determinadas a la preservación de la vida y la salud (16). En esta línea de razonamiento, el máximo tribunal señaló que un contratante racional juzgaría adecuado invertir dinero, prestar un servicio, obtener ganancias, así como también adoptar los cuidados para que los usuarios puedan gozar del mismo en paz y seguridad, y que la persecución de la utilidad no es incompatible con la protección de la persona, sino por el contrario, es lo que permite calificar a un comportamiento como lo suficientemente razonable para integrar una sociedad basada en el respeto de sus integrantes (17).

La regulación expresa del deber de seguridad en las relaciones de consumo —con fuente legal y constitucional— torna innecesaria, entonces, la invocación y/o referencia a la existencia de una obligación tácita fundada en el principio de la buena fe (sobre la cual siguen insistiendo numerosos precedentes jurisprudenciales). Por lo demás, la Ley de Defensa al Consumidor es una norma de orden público (no meramente facultativa), que debe ser aplicada en todo el ámbito de su vigencia, y que desplaza, naturalmente, lo que pueda considerarse previsto por el derecho común en tales supuestos (18).

### III. Análisis del art. 117 del Anteproyecto

El texto proyectado del art. 117 logra plasmar, en líneas generales, los criterios doctrinarios y jurisprudenciales mayoritarios sobre la aplica-

ción del deber de seguridad en las relaciones de consumo.

A diferencia del régimen de la ley 24.240 —sobre el cual se erige como una propuesta superadora—, la disposición se refiere concretamente a “la obligación de seguridad”, amplía los bienes tutelados, determina el marco de protección dentro el ámbito físico de incumbencia del proveedor (desarrollando aspectos de aplicación temporales y espaciales y ejemplificando con ciertos casos frecuentes), establece que se trata de un deber de resultado con factor de atribución objetivo y limita la eximente del hecho de la víctima.

#### III.1. La seguridad en las relaciones de consumo

Desde la sanción de la Ley de Defensa al Consumidor, la obligación de seguridad ha trascendido el ámbito estricto de los contratos para el cual fue originariamente concebida. En efecto, de conformidad con el art. 1º de la citada norma, la “relación de consumo” (a la que se aplica el deber) se configura mediante el mero “contacto social” (19) entre consumidor y proveedor; es decir, que excede lo meramente contractual y comprende todas aquellas circunstancias (20) que constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios (21).

Como se explica en los fundamentos del Anteproyecto, el derecho a la seguridad se ubica en la relación de consumo, más allá de las fronteras del contrato. En este orden de ideas, los arts. 1º y 2º prevén, respectivamente, que “la relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Tiene como fuente un hecho o acto jurídico, unilateral o bilateral, una práctica o una técnica de marketing. Puede resultar de la tipificación legal, de la voluntad

(19) Hernández, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., “Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Obligación de seguridad*, Suplemento especial, LL 2005, p. 21.

(20) FARINA, Juan M., “Relación de consumo (a propósito del art. 42 de la Constitución Nacional)”, JA 1995-I-886 y ss.

(21) LEIVA, Claudio F., “Daños derivados de caídas en hipermercados: La obligación de seguridad en el ámbito de la relación de consumo”, LL Gran Cuyo 2009 (abril), p. 237.

(16) NEGRI, Nicolás J., “La obligación de seguridad y estándares en la fundamentación de sentencias”, JA 2012-IV y citas de CSJN, Fallos 335:527.

(17) CS, Fallos 331:819.

(18) PICASSO, Sebastián, “Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común”, RCCyC 2015 (julio), p. 146.

individual, o inferirse a través de la interpretación judicial” y que “es consumidor la persona humana o jurídica que adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo originaria, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Por lo tanto, la obligación de seguridad puede ser exigida en el íntegro trayecto en el que se desvuelve la vinculación entre proveedor y consumidor: antes, durante y después de la eventual contratación (22). La Corte Federal, siguiendo este enfoque amplio, señaló que el deber de indemnidad “se refiere a la relación de consumo, que abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados... De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales” (23).

### **III.2. Los bienes tutelados. Perjuicios derivados de la lesión de personas o los daños a bienes**

El art. 5° de la Ley de Defensa al Consumidor se refiere, como bien jurídico tutelado en la obligación de seguridad, únicamente a “la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios”. No obstante, el art. 42 de la CN consagró los derechos “a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”.

(22) LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 74.

(23) CS, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos 330:563.

En este contexto, se interpreta que el contenido de la obligación de seguridad en cabeza de los proveedores de bienes y servicios (24) no se circunscribe a la indemnidad personal (salud e integridad física del consumidor o usuario), sino que tiene una amplitud mayor, comprendiendo toda clase de bienes, lo cual se considera enmarcado en el término “intereses económicos” (25).

El art. 117 del Anteproyecto, haciéndose cargo de esta circunstancia, directamente regula que “el proveedor es responsable por los perjuicios derivados de la lesión de personas o los daños a bienes”.

### **III.3. El marco de protección: el ámbito físico de incumbencia del proveedor. Aplicabilidad espacial y temporal de la norma**

Una de las cuestiones más difíciles y controvertidas será delimitar los contornos de aplicabilidad espacial y temporal de la obligación de seguridad. Por un lado, la norma establece —quizás con un detalle innecesario— situaciones que en principio resultan claras y que no ofrecen ninguna dificultad interpretativa. En este grupo, pueden encuadrarse los menoscabos acaecidos en “el interior del establecimiento”, “los corredores viales concesionados”, “los estadios”, “los lugares donde el proveedor organiza eventos de cualquier tipo”, “los andenes”, “escaleras de acceso”, “salas de espera” y “demás instalaciones relacionadas con los medios de transporte”.

Todos estos espacios, fácilmente identificables, se encuentran relacionados directamente, aunque en supuestos disímiles, con la relación de consumo. La jurisprudencia es abundante sobre la aplicación del deber de seguridad en diversos tipos de establecimientos comerciales (26),

(24) CS, Fallos 330:563; 331:819; 333:203.

(25) ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles. Comerciales. De Consumo. Teoría General*, 2ª ed. actual., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, cap. XXV, nro. 14, ps. 534-5.

(26) CNCiv., sala B, 14/8/2015, “S., S. M. c. Coto Cicsa y otros s/daños y perjuicios”, LL del 22/2/2016, p. 9; id., sala F, 2/6/2014, “L. L., A. A. c. A. D. Argentina SA s/daños y perjuicios”, LL 2014-F-486; id., sala A, 7/4/2006, “Fabrizio, María del Rosario c. Supermercados Norte SA y otro”, ED 220-62; id., sala L, 6/3/2008, “Fernández, Alfredo Daniel c. Easy Cencosud SA”, LL 2008-D-58.

hoteles(27), lugares en los que se organizan eventos o espectáculos(28), superficies vinculadas al contrato de transporte(29) (incluyendo andenes, escaleras de acceso, salas de espera y demás instalaciones relacionadas), concesionarios viales(30) y clínicas y hospitales(31), entre tantos otros.

Por otra parte, no obstante, no puede soslayarse que existen áreas grises en la norma bajo estudio. En efecto, “el ámbito físico de su incumbencia” (del proveedor), el “ámbito de competencia” o “las inmediaciones del establecimiento, en la medida en que en ellas existan peligros derivados de la relación de consumo” (para lo cual habrá que examinar detenidamente si existe una relación de causalidad adecuada), son conceptos abiertos que requerirán de una prudente interpretación judicial.

A tal fin, el artículo proyectado brinda una directiva de gran valor: el deber se extiende a todos los ámbitos en los que el proveedor “tenga o deba tener un poder de vigilancia o control efectivo”. En consecuencia, a fin de alcanzar una correcta hermenéutica, cabe considerar que el espectro cualitativo de la obligación de seguridad

no se circunscribe a la vigilancia efectiva sino que se vincula con la posibilidad material de control. A esta problemática cabe agregar, además, “las situaciones post-contractuales, en la medida que el hecho resulte razonablemente previsible para el proveedor”.

Un caso paradigmático, que permite vislumbrar los conflictos que rodean a la exégesis del ámbito espacial y temporal de la obligación de seguridad, es el de los espectáculos públicos deportivos(32), regulados actualmente por la ley especial 23.184 sobre Violencia en los Espectáculos Deportivos (modificada por las leyes 24.192 y 26.358). El régimen es sumamente amplio, incluyendo las inmediaciones del estadio, antes, durante o después del espectáculo e, incluso, el traslado de las parcialidades (dado el agregado del art. 1º de la ley 26.538). Toda vez que comprende la etapa precontractual (boletería, accesos, estacionamiento) y se extiende hasta la etapa de desconcentración, la obligación debe modularse de forma razonable.

En definitiva, el texto legal es harto detallado y ejemplificativo, permitiendo conocer de antemano los contornos del deber de seguridad. En caso de que sea necesaria una interpretación judicial para completar la norma, corresponderá adoptar un criterio flexible que tenga siempre como norte y foco de atención si el proveedor tenía o debía tener un control y vigilancia efectiva.

#### **III.4. Obligación de resultado y factor de atribución objetivo**

Una de las disputas más relevantes en materia del deber de seguridad —considerado de modo genérico— fue la concerniente al factor de atribución aplicable (esto es, la razón valorativa suficiente por la cual se justifica que el daño se traslade económicamente a otro(33)), para lo cual necesariamente debe distinguirse entre las obligaciones de medios y de resultado.

(27) CNCom., sala F, 13/5/2014, “S., D. M. I. y otros c. Plaza San Martín SA s/ordinario”, DJ del 3/9/2014, p. 72.

(28) CNCiv., sala E, 16/9/2009, “Orellana, Ángel Roberto c. Dg Entertainment SRL”, RCyS 2010-III-177; id., sala G, 5/5/2008, “Mariño, Sergio Damián c. Cillo, Paolo Oscar”, LL Online; id., sala H, “Díaz, Fernando F. c. D.G. Producciones S.A. y otro”, RCyS 2006, 721; id., sala J, “Ballardo, María C. c. Buby Restaurant Concert y otro”, RCyS 2004-V-66; CNCom., sala D, 4/5/2005, “Yebra de Castaño, María s/inc. de verif. de créd. en Tren de la Costa SA s/ conc. prev., RCyS 2005-524; entre muchos otros.

(29) CS, “Ledesma, María Leonor c. Metrovías SA”, Fallos 331:819; id., “Uriarte Martínez, Héctor V. y otro c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca”, Fallos 333:203; id., “Montaña, Jorge Luis c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín s/daños y perjuicios”, LL Online; id., “Montoya, Mauricio c. Transportes Metropolitanos Gral. San Martín SA y otros”, Fallos 333:203; entre tantos otros.

(30) CS, 7/11/2006, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros”, DJ 2006-3-950, RCyS 2006-1278; 21/3/2006, “Ferreira Víctor D. y otro c. V.I.C.O.U.S.A.”, LL 2006-C-54.

(31) CNCiv, sala M, 7/8/2014, “Beber, Omar Abel. c. Hospital Británico de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, RCyS 2015-I-93; id., sala L, 18/11/2014, “C., C. V. c. Instituto Quirúrgico Laser SA y otro s/daños y perjuicios”, RCyS 2015-VIII-113.

(32) CS, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos 330:563.

(33) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos, “Los factores subjetivos de atribución”, cap. VIII de la obra colectiva, Responsabilidad Civil, dirigida por Jorge Mosset Iturraspe, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 141.

Tan es así, que la doctrina estuvo muy dividida en este aspecto. Algunos consideraban que se trataba siempre de una obligación de resultado (34) mientras que otros, en minoría, que era exclusivamente de medios (salvo que una ley dispusiera lo contrario) (35). No obstante, la gran mayoría se inclinaba por sostener que era, en principio, de resultado y, en casos excepcionales, podía ser de medios (36).

El criterio para diferenciar una u otra categoría era casuista y estaba fundado en lo aleatorio del resultado final esperado por las partes. Si podía garantizarse la integridad de la persona y la de sus bienes era entonces de resultado con un factor de atribución objetivo. En cambio, si ello no era viable, dada su naturaleza aleatoria, que poco dependía de la diligencia del deudor, era de medios con un factor de atribución subjetivo (lo que implicaba que debía acreditarse culpabilidad para poder atribuirse responsabilidad) (37).

En el ámbito del derecho de consumo, tratándose de una obligación expresa impuesta por el legislador (y no tácita), el análisis queda ceñido

(34) PREVOT, Juan M., “La obligación contractual de seguridad. Pasado, presente y futuro”, en *Doctrina Judicial*, año XXI, nro. 20, 18/5/05, p. 155; AGOGLIA, BORAGINA y MEZA, “La buena fe y la obligación de seguridad, en Tratado de la buena fe en el derecho, t. I, p. 261, La Ley, Bs. As., 2004; TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 751; STIGLITZ, Gabriel A., “El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados”, LL 1985-D-18; PICASSO, Sebastián, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, Abeledo Perrot, 2011, p. 264.

(35) MAYO, Jorge A., “La obligación de seguridad y el factor de atribución”, RCyS 2014-V-308.

(36) Despacho mayoritario en las Jornadas de Junín de 1994; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, nro. 17, La Responsabilidad Contractual-I, p. 88 y sus citas; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión”, LL 1976-C-67; TOBÍA, Marcela - PIZARRO, Ramón D., “Omisión antijurídica, obligación de seguridad y daño moral”, JA, junio 14 de 2000, nro. 6198, p. 35.

(37) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. “La obligación de seguridad”, *Sup. Esp. Obligación de Seg.* 2005 (septiembre), p. 3, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. I, 1263.

y limitado a la interpretación del texto legal. Pese a que el art. 5° de la ley 24.240 no proporciona una regla precisa, la doctrina y la jurisprudencia —casi de forma unánime— concluyen que se trata de una obligación de resultado al proveedor, mediante la cual se garantiza al consumidor que no sufrirá daños en su persona ni en sus bienes y cuyo incumplimiento traerá aparejada una responsabilidad objetiva (38). Sin embargo, si bien pareciera haber consenso sobre este asunto, lo cierto es que algunos autores y precedentes judiciales no avalaron esta postura para determinados supuestos.

Sin ánimos de agotar una temática tan extensa (pero resaltando que a mi juicio el debate no estaba clausurado), cabe destacar que hay quienes sostienen que a veces se exige del deudor conductas imposibles de anticipar o evitar, requiriendo un resultado que no estaba en sus miras, ni objetivamente podría ser garantizado. En este sentido, se distingue entre los supuestos de marcada debilidad del usuario (el transporte, el espectáculo masivo, la internación médica, la comercialización de productos, etc.), de los emprendimientos pequeños o medianos y se concluye que la letra del art. 5° de la ley 24.240 exige únicamente un parámetro de razonabilidad en el marco de una conducta prudente y diligente, que es variable la previsibilidad de riesgos que determina la obligación de seguridad en cada supuesto que conforma una relación de consumo y que debe ser el juez quien haga las discriminaciones correspondientes (39).

En materia de precedentes judiciales, en el fallo reciente de la Corte Suprema “Arregui” (40), del 27 de diciembre de 2017, el ministro Lorenzetti, luego de señalar que las obligaciones de seguridad —en general— pueden ser de medios o resultado, y de aplicar a tal caso concreto de espectáculo público un estándar de responsabilidad subjetiva (sosteniendo que no se trataba de un caso de consumo), citó al conocido fallo “Bianchi”, del 2006, para referirse a la necesidad de tener en cuenta la previsibilidad

(38) WAJNTRAUB, Javier H., “La obligación de seguridad en los contratos de consumo”, JA 2004-III-323.

(39) ABREVAYA, Alejandra D., “Responsabilidad sustentada en la obligación de seguridad. extensión de su aplicación”, DJ del 21/09/2011, p. 1.

(40) CS, LL 2018-A-124.

de los riesgos para calibrar la extensión del deber de seguridad.

En efecto, el caso de los detrimentos padecidos con motivo de animales sueltos en las rutas concesionadas, presenta aristas y posturas divergentes. En el precedente “Bianchi” (41), los ministros de la Corte Suprema tuvieron una posición disidente en cuanto a los alcances de la obligación de seguridad (ello, aun cuando el hecho había ocurrido en 1991 y, por ende, no resultaba aplicable la Ley de Defensa al Consumidor). La mayoría afirmó que la previsibilidad de los riesgos que adjetiva el deber de protección puede variar de un supuesto a otro (aclarando que no todas las concesiones viales tienen las mismas características operativas, ni idénticos flujos de tránsito, etcétera). Si bien los magistrados no lo manifestaron de modo expreso, enmarcaron el análisis como un supuesto de responsabilidad subjetiva.

Pizarro y Vallespinos, entre otros, compararon el enfoque de “Bianchi”, referido a que la extensión de la obligación de seguridad debía ser modulada caso por caso (atendiendo a los parámetros enunciados en el decisorio) y que se trataba de un estándar de responsabilidad subjetiva (42). En esta línea, también afirmaron que una responsabilidad ultra-objetiva resultaba desmedidamente amplia ya que no podía ponerse en cabeza del deudor todos los riesgos que podría experimentar el usuario durante la circulación de la ruta (el control absoluto de la presencia de animales en rutas abiertas de zonas rurales o de alambrados linderos, cuando carece del poder de policía) (43).

El Anteproyecto materia de comentario destierra cualquier tipo de dudas sobre este asunto y determina que en todos los casos la responsabilidad sea objetiva. Para ello, remite al art. 1723 del Cód. Civ. y Com., que dispone que “cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor

debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”. Por lo tanto, la mera presencia de un menoscabo en el ámbito de la relación de consumo bastará para tener por incumplido este especial deber calificado (44).

En la inteligencia apuntada, la ley consagra un modelo mediante el cual, acontecido el perjuicio, se enrostra como regla la obligación de responder; más allá de toda idea de reproche subjetivo a la conducta de los proveedores. Se instaura un sistema de garantía: deber de prestar el servicio sin producir daños. El consumidor que reclama, entonces, se exime de la prueba de la culpa o el dolo del proveedor, debiendo demostrar solamente la existencia del vínculo causal entre el precedente fáctico y el daño; esto es, que el resultado no se logró (la indemnidad de la persona y sus bienes) (45).

En definitiva, se genera una presunción de causalidad en favor del usuario, trasladándose al proveedor la carga procesal de las eximentes (46). En todo caso, siendo la norma contundente sobre esta cuestión, también podrá invocarse y fundarse, en función de los parámetros esbozados en el acápite anterior, que se está fuera del ámbito físico de incumbencia del proveedor.

### III.5. *Los eximentes de la responsabilidad*

Tratándose de un factor de atribución objetivo, al proveedor no le alcanzará con la prueba

(44) PICASSO, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.787 y 24.999: consolidando la protección del consumidor”, JA 1998-IV-753; LÓPEZ CABANA, Roberto M., en STIGLITZ, Gabriel (dir.), *Derecho del consumidor*, nro. 5, Juris, Buenos Aires, 1994, p. 16; MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311; PREVOT, Juan M., “La protección del consumidor en el transporte”, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 617 y ss.

(45) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Los alcances de la obligación de seguridad”, LL 2018-B-453; ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones de resultado y de medios”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Omeba, Buenos Aires, t. XX, p. 205; TRIGO REPRESAS, Félix A., “La responsabilidad civil de los profesionales”, en la colección *Seguros y responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 35.

(46) SAUX, Edgardo I., “La obligación de seguridad en el contrato de transporte ferroviario de personas”, LL 2015-A-321.

(41) CS, Fallos 329:646.

(42) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Hamurabi, t. 5, ps. 530-531.

(43) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Rubinzal Culzoni, t. III, ps. 139/143.



de la falta de culpa para eximirse de responder, sino que deberá acreditar la ruptura del nexo causal. Esto significa, que no le bastará con comprobar que el daño se produjo a pesar de haber mediado una conducta diligente ni que hizo lo que habría hecho cualquier otro deudor en esas circunstancias. Es que no es la negligencia —que resulta irrelevante— la que fundamenta la obligación de responder. De ahí que corresponda distinguir cuidadosamente entre la prueba del caso fortuito y la prueba de la falta de culpa (47), pues no se trata de conceptos equivalentes.

En principio, según el Código Civil y Comercial, la exoneración será viable a través de la demostración de cualquiera de las siguientes causas ajenas: el hecho del damnificado (art. 1729), el caso fortuito (art. 1730) o el hecho de un tercero por el cual no se deba responder (art. 1731, que debe reunir los requisitos del *casus*).

Empero, el art. 117 del Anteproyecto prevé que “la eximente del hecho de la víctima es de interpretación restrictiva y sólo procede ante la prueba de una culpa grave o dolo del damnificado”. De este modo, al limitar la eximente del hecho del damnificado, se incrementa la protección de la parte débil de la relación de consumo, de acuerdo a los parámetros que la Corte había instaurado en “Ledesma”. Por ende, el proveedor solo podrá liberarse si concurre un particular factor subjetivo de atribución: el dolo o la culpa grave, resultando inaplicable

(47) 1er. Congreso Internacional de Derecho de Daños en Homenaje al Profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, 1989; ALTERINI, Atilio A., “Caso fortuito”, en ALTERINI-LÓPEZ CABANA, *Temas de responsabilidad civil*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Universidad de Buenos Aires y ediciones Ciudad Argentina, capítulo V, ps. 81-82 y 84; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 8, p. 1136; Reyna, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 3B, p. 26.

el concepto de culpa o negligencia genérica del art. 1724 del Cód. Civ. y Com.

Este factor subjetivo calificado, que implica la malicia o bien una llamativa precipitación y ligereza (una actuación sumamente desaprensiva), está vinculado con el principio de prevención de riesgos del art. 5º y los deberes de protección y condiciones de seguridad de los arts. 17 y 18 del Anteproyecto. Es que el proveedor debe prever, incluso, ciertos actuares negligentes o peligrosos de los consumidores, adoptando las medidas necesarias para proteger su indemnidad y la de sus bienes.

En lo que respecta a los otros dos eximentes, el Código Civil y Comercial exige que reúnan los requisitos del caso fortuito. Vale la pena recordar que para que se configure el *casus* debe tratarse de un hecho sobreviniente, imprevisible, irresistible o insuperable. La previsibilidad debe ser analizada conforme a pautas razonables, estimando las posibilidades de que determinado hecho suceda conforme a las circunstancias; mientras que la inevitabilidad debe ser “total”, “definitiva” y “absoluta” (48).

Por otra parte, el caso fortuito debe ser extraño a las contingencias propias de la actividad que se desarrolla. El art. 1733, inc. e), del Cód. Civ. y Com. dispone que no debe tratarse de “una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad”. Es decir, que debe producirse en el exterior de la esfera de acción por la cual se debe responder (y no tratarse de un riesgo interno) (49). En general, este requisito de ajenez o exterioridad suele ser el más difícil de superar a fin de obtener la liberación.

(48) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 236, citado por SAUX, Edgardo I., “La obligación de seguridad en el contrato de transporte ferroviario de personas”, LL 2015-A-321.

(49) CNCiv., sala I, 25/11/1991, ED 164-359; V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, San Rafael, Mendoza, 1978.



# La consagración de la responsabilidad por riesgo de desarrollo en la Ley de Defensa del Consumidor proyectada: una garantía al consumidor y a las generaciones futuras

---

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA (\*)

## I. El punto común de partida de la problemática de la Sociedad de riesgos: el impacto tecnológico, la masificación y el consumismo

Solemos decir, como todos los autores, que el avance de la ciencia nos enfrentó a un nuevo período histórico: la era tecnológica y que configuran algunos de sus nuevos desafíos los daños colectivos, la biotecnología, la teleinformática, la contratación masiva, la nanotecnología, los alimentos transgénicos, etc. (1), y que

---

(\*) Doctora en Derecho UBA, Profesora e Investigadora Categoría 1 del Ministerio de Educación de la Nación. Académica Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesora Titular de Contratos Civiles y Comerciales UBA. Coordinadora Área de Derecho Civil del Doctorado Intensivo en Derecho UBA.

(1) Hemos presenciado cambios tan vertiginosos que suele decirse que al científico le es imposible conocer absolutamente todo, pero a la vez que, basta el saber utilizar las computadoras para que podamos recopilar la información necesaria. Somos la generación que vio nacer las PC domésticas, de internet, de los celulares y de las redes sociales. Nuestros hijos ya nacieron con la nanotecnología y estos avances incorporados a la vida cotidiana.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *Riesgos de desarrollo en el derecho de daños*, Astrea, 2016; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *Los Daños colectivos —prospectiva general—*, Javeriana, 2009; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Los daños en la sociedad actual”, en *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, ALTERINI - NICOLAU, p. 345, La Ley, Buenos Aires, 2005; HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, *La responsabilidad de los daños producidos por la bio-*

frente a cada uno de estos nuevos desafíos surgen reclamos en el contexto social, y la comunidad reacciona de diferentes maneras, haciendo jugar las respuestas de ajuste y de presión y la experiencia histórica, al decir de Díez-Picazo, en una evidente experiencia de cambio y progreso jurídico (2).

El hombre se encuentra con un gran poder que puede llevarlo a realizar prodigios o a causar daños muchas veces catastróficos; este es el gran desafío que enfrenta la humanidad y también el Derecho, que debe tomar su rol de prevención y de protección a las víctimas si realmente queremos realizar el principio o valor justicia (3). Esta nueva realidad está compuesta por una profusión de productos y una incitación incesante a su consumo, la presencia de los medios masivos de comunicación, la biotecnología, el apogeo de la informática y la reducción de las

---

*tecnología*, Reus, 2007; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Nora, *Riesgo de empresa*, Lexis Nexis, 2004.

(2) Díez-PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado*, Civitas, ps. 90 y ss.; VINEY GENEVIVE, *Tratado de derecho civil*, Universidad del Externado, 2007; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis Nexis 2006; ALTERINI, Atilio A., “Temas de derecho privado”, Ciclo de mesas redondas 1988, Colegio de Escribanos de Capital Federal, 1989, ps. 155 y ss.

(3) CORTI VARELA, Justo, *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales*, Reus, 2010.

distancias y la comunicación; asistimos a la posibilidad de alimentar a poblaciones, pero también enfrentaremos en esta sociedad de Riesgos a lo que se ha denominado también Sociedad de la Incertidumbre grandes dilemas y desafíos.

Señala Parra Lucan que el acento al tratar el tema de la responsabilidad por productos ha de ponerse en la seguridad de los productos y los problemas de salud que en definitiva son un corolario del propio derecho a la vida y a la integridad de la persona humana reconocido en los textos internacionales y en varias constituciones (4).

Señalaba Goldenberg que estamos ante la etapa decisiva de la conquista de los tres infinitos (5): lo infinitamente grande, lo infinitamente pequeño y lo infinitamente complejo, y creemos y hemos sostenido, que aquí, es imperiosa una cosmovisión que, centrada en el hombre, le restituya su supremacía y ponga a los logros científicos y técnicos al servicio de la sociedad. Solemos decir que es devolverle la dignidad, de ser el núcleo y no un mero número estadístico o un instrumento económico (6).

Nunca han coexistido tantos científicos, y el desarrollo de inventos y nuevas técnicas de aplicación ha sido tan vertiginoso; se valora el conocimiento y la cantidad de información como una posibilidad de tener poder: el que tiene la tecnología y el conocimiento domina (7).

En el campo médico, ese avance de la ciencia plantea cuestiones conflictivas como los métodos de procreación asistida, la ingeniería genética y la manipulación de embriones, la utilización de células madre, los supuestos de creación de órganos vitales para trasplantes, la

(4) PARRA LUCAN, Ma. Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, 1990, ps. 27 y ss.

(5) GOLDENBERG, Isidoro, "Ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Bariloche, 1989.

(6) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *Los daños colectivos —prospectiva general—*, Javeriana, 2009.

(7) El paso de la era industrial —caracterizada por el maquinismo, la industrialización, la concentración urbana y la organización sindical, con la modificación trascendental en el Derecho de la captación del factor objetivo del riesgo— a la era informática, tecnológica, tecnotrónica o espacial podría ubicarse en el comienzo de la década del 60, pero para algunos se daría cuando se logró descomponer el átomo por primera vez.

prolongación artificial de la vida, la experimentación molecular con creación de nuevos seres vivos (bacterias y virus).

El uso de una computadora es hoy una constante, no solo en las empresas, sino también en los colegios y hogares, y se acrecienta día a día, planteándonos graves cuestiones jurídicas, como, por ejemplo, la difusión de los datos personales sin la autorización de la persona afectada, los fraudes a las entidades bancarias, la violación de los archivos, la posibilidad de realizar modificaciones, etcétera.

Si bien vivimos en un mundo fascinante, no deja de ser por ello peligroso, pero aclaramos, que lo hacemos con un protagonista distinto; el hombre ya no concibe el daño como un designio divino, se pretende que el mismo sea prevenido y evitado, y si esto no ocurre, que sea soportado por algún patrimonio, y por esto se habla de un "crédito a la indemnización" y no ya de una "deuda de responsabilidad" (8).

Debemos exigir necesariamente el denominado "consentimiento informado", no creemos en la asunción de riesgos ni en la experimentación en seres humanos es importante que la actividad industrial, el ejercicio de la medicina y sobre todo la industria farmacéutica sea consciente de sus deberes frente a sociedad y a los consumidores (pacientes bioéticos) y respete sobre todo la dignidad del individuo y justamente un punto crucial de unión de los temas se da en el supuesto del "riesgo desarrollo" que puede afectar tanto al consumidor como afectar a generaciones futuras.

La evolución tecnológica del mundo industrializado origina además los daños colectivos, con la confrontación de dos nebulosas —los agresores y las víctimas—, ampliándose desmesuradamente para el criterio clásico y estricto de responsabilidad civil, pero ubicado el problema tranquilamente en los carriles del moderno Derecho de Daños (9).

(8) LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, "L'évolution de la responsabilité civile d'un crédit de responsabilité à une créance d'indemnisation", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987.

(9) Podemos observar que la concepción de que el daño liga a dos individuos, autor y víctima individualizados, no se compeadece con las cataratas de damnificados

La idea de masificación está ligada, como ya lo hemos dicho en anteriores trabajos, en principio, a dos nociones: una, de índole económica, y otra, de índole filosófica, de actitud ante la vida; la primera nos enfrenta a un modo de producción estándar de bienes para consumo y comercialización y muchas veces a la necesidad de utilizar la visión del análisis económico del derecho; la segunda, al “ser” del “hombre-masa” de Ortega y Gasset o al “hombre mediocre” de José Ingenieros (10).

La producción de bienes y servicios, genera en el individuo la necesidad de adquirir cosas, aunque en realidad no se las necesite, mediante inteligentes campañas en los medios masivos de comunicación, ideadas por las empresas que cuentan con un buen grupo de asesores de publicidad que prometen a veces resultados sorprendentes en cortos períodos, o bien ocurre que, por el mecanismo de asimilación, el consumidor cree que por poseer ese bien conseguirá el entorno que rodea a la propaganda.

El Derecho, intenta poner coto a la publicidad engañosa y proteger al consumidor y en la Argentina si bien contamos desde hace varios años con las disposiciones del Código Civil y Comercial, este proyecto de nueva Ley de Protección al Consumidor que, junto con otras normas, intentara lograr tal finalidad.

Con respecto al “daño por productos de consumo” el problema es, como ya lo hemos dicho, de gran interés y complejidad, ya que por su naturaleza además de configurar un daño particular puede ser un daño colectivo y afectar a comunidades de individuos, presentándose en regiones que a veces escapan a las fronteras de un solo país, vulnerando siempre el derecho ga-

---

que se presentan en los daños tecnológicos o colectivos; LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, “L'evolution de la responsabilité civile d'un crédit de responsabilité à une créance d'indemnisation”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad”, *Universitas*, 118, enero-junio, Bogotá 2009.

(10) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Los daños en la sociedad actual”, en ALTERINI-NICOLAU, *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, La Ley, 2005, p. 345.

rantizado a la “calidad de vida” y a la seguridad de los productos (11).

Pese a lo antedicho, quedan aún hoy en materia de responsabilidad por productos temas pendientes, como ser la cuestión de la atribución de la responsabilidad al productor por “riesgo de desarrollo” (12) y la reparación plena que no alcanzan absoluta coincidencia en el mundo (13) como lo veremos y aun plantean discusiones doctrinarias (14), por eso están valiosa la solución adoptada por el Proyecto que decide en definitiva establecer en nuestro sistema en una norma expresa el rechazo a que se aplique la excepción por avance de la ciencia, dicho de otro modo consagra la responsabilidad por riesgos de desarrollo.

Al pretender introducir o iniciar cualquier actividad se estima que la gente es libre de decidir entre emprender una actividad pagando los costes de hacerlo (incluyendo los accidentes (15)), o bien, evaluándolos, escoger una actividad menos atractiva pero no tan arriesgada o riesgosa y que también la responsabilidad, desde un criterio macroeconómico, está fundada en el cálculo comparativo entre el coste social de la actividad y la riqueza productiva, o, más sencillamente, entre los intereses del dam-

---

(11) Deben intensificarse los controles de calidad de los productos y fiscalizar la propaganda y los prospectos que acompañan al producto.

(12) SALVADOR CODERCH, Pablo - SOLE FELIU, Josep, *Brujos y aprendices*, Marcial Pons, 1999; PIETRO MOLINERO, Ramiro, J., *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, Dickinson, 2005; GARRIDO CORDOBERA Lidia M. R.- BUSTO LAGO, José M., *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada, derecho argentino y derecho español*, Reus, 2010.

(13) PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, La Ley, 2006, t. II, ps. 297 y ss.

(14) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo”, en *Responsabilidad civil*, Rubinzal Culzoni, 2008, ps. 171 y ss.; MÁRQUEZ, José F. - MOISET DE ESPANÉS, Luis, “Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo de desarrollo como eximente”, LL 2008-B-498.

(15) CALABRESI, Guido, “El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil”, Ariel, 1984; PIETRO MOLINERO, Ramiro, J., *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, Dickinson, 2005.

nificado y los del autor, debiéndose tomar asimismo en cuenta el interés social involucrado y el principio de solidaridad.

La actividad industrial genera situaciones de daños a las que se intentó brindar soluciones basándose en criterios económicos derivados de la Escuela Económica del Derecho (con gran predicamento en Estados Unidos) aplicándose criterios tales como costo/beneficio y eficiencia como ejes principales y en esa línea también surgió la aplicación de los daños punitivos.

Frente a esto, hemos dicho en varios trabajos que negar que exista una relación entre el Derecho y la economía, es tan utópico como negar la existencia de que la tierra gira en torno al sol, pero todos sabemos el tiempo que tuvo que transcurrir para que esto último fuese generalmente aceptado y las disputas que originó (16).

Consideramos un real acierto de la escuela del nuevo derecho económico el hecho de sostener que no es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente normativos, sino que es necesario contar con el contenido económico, pero también con los elementos sociales ya que es imprescindible no dejar de tener en cuenta los efectos que tales instituciones tendrán sobre la sociedad y sobre los individuos, a partir del criterio que se centre en el hombre pero que a la vez preserva y valora su rol social y no solamente su faz individual (17).

En materia de responsabilidad civil es común que nos refiramos a los costes o beneficios que derivan de la adopción de sistemas de responsabilidad por accidentes o, por ejemplo, de leyes que tutelen la defensa del consumidor, al medio ambiente, los seguros obligatorios y una

serie de temas importantes en la vida de los individuos y de toda la sociedad (18).

La visión positiva que aporta el análisis económico del Derecho no es solo explicar cómo es el mundo económico sino también explicar cómo determinados efectos o medidas pueden modificarlo, se evalúan modelos para ver por ejemplo en el tema de la responsabilidad por daños, los costes o beneficios que derivan de las leyes de protección o control de actividades.

## II. La responsabilidad por productos

Partimos de concepto de productos abarcativo de bienes y servicios que la industria y tecnología han lanzado a la comercialización, e incluyendo alimentos, medicamentos, hemoderivados, frutos y carne, etc. y no hablamos ni de productos elaborados ni defectuosos, puesto que no compartimos tal denominación.

Además debemos tener presente que el riesgo se ha convertido en un actor fundamental en la sociedad moderna como recuerdan Bergel y Ulrich (19), participamos de las sociedades de riesgo global, en las que cada vez se enfrentan nuevos riesgos sin que se alcance a advertir la real magnitud de los mismos.

La interrupción de la ingeniería genética y la nanotecnología ofrecen un desarrollo acelerado en los últimos tiempos y promete una mejora en la calidad de vida (20).

Herrera de las Heras recuerda que fue en 1982 cuando se pudo apreciar por primera vez el campo que se abría, al producirse comercialmente insulina humana para el tratamiento de diabetes (21) y destaca como hitos entre

(18) CALABRESSI, Guido, "El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil", Ariel, 1984, ps. 44 y ss..

(19) GOLDENBERG, Isidoro - CAFFERATTA, Néstor, "Responsabilidad por productos elaborados", *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley 2005, t. 3, ps. 481 y ss.

(20) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - KUNZ, Ana, "El derecho de daños y la sociología ante las innovaciones tecnológicas", LL Actualidad 2005.

(21) HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*, Reus, 2007.

(16) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños", en *Salud, derecho y equidad, homenaje a Gladys Mackinson*, Ad-Hoc, 2001.

(17) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños", en *Salud, derecho y equidad, homenaje a Gladys Mackinson*, Ad-Hoc, 2001.

otras: la hormona de crecimiento, el interferón, la talasemia, las vacunas génicas, el reciclaje de aguas, la utilización de tierras y agregamos los transgénicos(22) y los dispositivos nanotecnológicos(23).

Paralelamente se ha desarrollado la bioseguridad como un conjunto de normas y procedimientos técnicos destinados a garantizar el uso seguro de las técnicas biotecnológicas, abarcando cuestiones ambientales, de producción, de comercialización, económicas y éticas.

Quizás influidos por el documento sobre "Lecciones tardías de alertas tempranas" que-remos recordar sucintamente aquí ciertos casos como el de la fatiga de los metales, el uso de asbestos, ciertos medicamentos y las siliconas por ejemplo(24).

Comentando la situación de contagio de HIV en Francia Lambert Fiebre reseñaba que el 12 de abril de 1995 la Corte de Casación, sala 1ª Civil con fundamento en el art. 1147 del Cód. Civil dijo que el deudor debe ser condenado si no justifica que la inejecución proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe de su parte y que con este punto de partida, se decide que "los centros de transfusión sanguínea están obligados a proveer a los receptores productos exentos de vicios y no pueden exonerarse de esta obligación de seguridad sino con la prueba de una causa extraña que no pueda serle imputada" y de igual modo el Consejo de Estado en sus decisiones del 26 de Mayo de 1995 ha decidido que "los centros de transfusión sanguínea son responsables aun en ausencia de culpa de las consecuencias dañosas de la mala calidad de los productos provistos" (25).

---

(22) BELLO JANEIRO, Domingo, "Tratamiento de los transgénicos en Europa", RCyS enero 2008.

(23) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - KUNZ, Ana, "El derecho de daños y la sociología ante las innovaciones tecnológicas", LL Actualidad 2005.

(24) Lecciones tardías, alertas tempranas: el principio de cautela, algunos puntos a modo de resumen 2002. Agencia Europea de Medio Ambiente, <http://Europa.eu.int>.

(25) LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, "La responsabilidad del fabricante por el hecho de sus productos en la Comunidad Europea", *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio*, Abeledo Perrot, 1997.

La jurisprudencia francesa, judicial y administrativa, se ha pronunciado claramente, manteniendo la responsabilidad de los centros de transfusión sanguínea quienes por asumir una obligación de seguridad determinada, no pueden invocar el riesgo de desarrollo, por ser un vicio inherente al producto, y recordemos que por la ley del 31 de diciembre de 1991 se creó un fondo de garantía específico para indemnizar las víctimas de transfusiones sanguíneas contaminadas por el HIV(26).

En el tema de medicamentos, son "clásicos" los casos de la Talidomida, que creada en 1953 como un sedante para embarazadas tuvo un uso masivo en el período que va de los años 58' a 62' y produjo malformaciones en los niños que nacieron, el DES, hormona femenina sintetizada en 1938 y utilizada para evitar abortos espontáneos, produjo en las hijas de las consumidoras transformaciones en los tejidos del cuello del útero y desarrollo de cáncer(27), también podemos recordar, el fármaco para controlar el colesterol MER 29 (aunque tiene sus particularidades) que produjo cataratas y que puesto en circulación en 1960 fue retirado en el 62, y más recientemente el antiinflamatorio y analgésico Vioxx que fue retirado voluntariamente del Mercado por Merck Sharp & Dohme luego de que un informe señaló que su administración había elevado la frecuencia de infartos y accidentes cerebro-vasculares.

En la actualidad se plantea el tema frente a la nanotecnología y la nanociencia, por la implantación de objetos cuyo tamaño puede ser de décimas de milímetros destinados por ejemplo a suministrar medicación o a lograr una mejor conducción neuronal. En la industria se utiliza por ejemplo para lograr una mejor la adhesión de superficies y también se habla de la creación de una maquina molecular por parte de científicos británicos, frente a esta realidad nos hemos preguntado con nuestra ex compañera y colega de investigación, la socióloga y epistemóloga

---

(26) SEUBA TORREBANCA, Joan, *Sangre contaminada, responsabilidad civil*, Civitas, 2002, p. 362.

(27) Este producto fue retirado del mercado en 1971 y como había sido producido por cientos de fabricantes se planteó el problema de la relación de causalidad y llevó a la creación de la teoría del Market Share.

Ana Kunz que es lo que ocurrirá en el futuro y que respuesta debe dar el derecho (28).

En materia alimentaria se discute desde hace mucho el tema de la utilización de los aditivos, conservantes, de hormonas para un mayor crecimiento, de antibióticos y de genes modificados, para obtener un mejor producto vendible al consumidor.

Recordemos que el “síndrome de la vaca loca” o “encefalopatía bovina esponjiforme” (29) obligó a analizar a las proteínas como causante de procesos infecciosos y desde el 2000 se ha identificado una proteína natural que al adherirse a los priones modificados permite detectar la contaminación con el prión de la EEB (30).

Pero toda actividad conlleva riesgos y que el riesgo 0 (cero) es una utopía, lo cual no implica necesariamente que la sociedad deba aceptar forzosamente cualquier riesgo y no reclamar su reparación en aras del progreso de la humanidad; y deberemos movernos en lo que en lo que se ha denominado “desarrollo sustentable” y “consumo sustentable”.

Hay que considerar el concepto de “desarrollo” con un nuevo sentido, el que se acuña, según Cadwel, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano; la complejidad de un programa de desarrollo es creciente a medida que se combinan los valores económicos y ecológicos, que se suman otros factores tales como los legales (31).

Siempre hemos sostenido que es una falacia el hablar de desarrollo *vs.* calidad de vida, pues el desarrollo debe beneficiar al hombre y no dañarlo, el progreso continuará, solo que tal

(28) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - KUNZ Ana, “El derecho de daños y la sociología ante las innovaciones científicas y tecnológicas”, en LL Actualidad, Buenos Aires, 2005.

(29) El *prión scrapie* (Pr-Psc) origina desórdenes neurológicos que finalmente llevan a la muerte, pero que por los síntomas pueden confundirse con otras enfermedades.

(30) PIGRETTI, Eduardo, *Derecho ambiental profundizado*, La Ley, 2005, ps. 115 y ss.

(31) CADWELL, Lynton, “Integración de la política ambiental y el desarrollo económico”, Rev. Ambiente y Recursos Naturales”, La Ley, 1984, vol. I, nro. 3, ps. 23 y ss.

vez exista más conciencia o debería existir respecto a las consecuencias que se pueden producir, es necesario el compromiso social y ético de las empresas, el Estado y los consumidores, cuando se habla de desarrollo sustentable o sostenible se hace referencia al avance de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en límites armónicos con la preservación de la calidad de vida (32).

### III. El aporte del *common law* en materia de responsabilidad por productos

El origen de la doctrina sobre la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos tiene su origen en Estados Unidos (33), donde se percibe a la responsabilidad como un medio de garantizar los derechos de los ciudadanos frente a los abusos de las empresas poco cuidadosas con sus productos, siendo objeto constante de los medios de comunicación e incluso se ha convertido en uno de los temas favoritos de las películas de ficción (34).

La teoría de la *negligente, implied warranty o strictit liability*, que son el sustento de cualquier reclamo del consumidor perjudicado por un producto, son construcciones jurisprudenciales para resolver las cuestiones que se le planteaban, esto sumado a la diversidad de legislación estadual planteo la necesidad de adoptar modelo que aunque carezcan de fuerza vinculante gozan de gran prestigio, son los *restate-ment of law* (35).

La Jurisprudencia Norteamérica, se basa en una doctrina de Tort como la negligencia o en las de derecho contractual de responsabilidad

(32) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Los daños colectivos y la reparación”, cap. VI, Universidad, 1992, ps. 158 y ss.

(33) MILLNER, Maurice A., “La responsabilidad civil por productos elaborados en el sistema del *common law*”, LL 143-858.

(34) GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, “La responsabilidad civil por productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español”, en *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios*, RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón (dir.), Netbiblio, 2006, ps. 237 y ss.

(35) Elaborados por la American Law Institute (ALI). En materia de productos uno de los más importantes es The Rest 3d Tort. <http://www.ali.org>.



estricta en sus dos variantes(36). Hay que señalar que muchas veces la fundamentación en la negligencia tiene su apoyatura en el pedido de los daños punitivos y que la doctrina de la garantía implícita se encuentra hoy reconocida expresamente en el *Uniform Commercial Code* (UCC), instrumento que es adoptado con variantes por los distintos Estados.

En la “responsabilidad estricta” la legitimación para reclamar por daños incluye al *bystander*, y se prescinde tanto de la exigencia de una conducta negligente como de la necesidad de un vínculo contractual.

Veremos que la responsabilidad recae no solo en el fabricante o productor sino que comprende a la cadena de comercialización, recalca García Cachafeiro que ella solo se aplica a quienes se dedican a la fabricación y venta al público de bienes para el consumo, lo que excluye a las personas que venden ocasionalmente algún producto (37).

Además se vincula con la noción de un “defecto” del que se deriva el daño, la jurisprudencia ha venido utilizando dos criterios: el del test de las expectativas del consumidor y el test del riesgo-utilidad (38).

El primero es aquel por el cual un producto será defectuoso, cuando no ofrezca la seguridad que espera un consumidor o usuario normal con los conocimientos de la comunidad, de allí su base sociológica, de valoración del conjunto.

---

(36) Para un mayor desarrollo puede consultarse: PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, La Ley, 2006, t. II, p. 309; PIETRO MOLINERO, Ramiro, J., *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, Dickinson, 2005, ps. 57 y ss.; MARCO MOLINA, Juana, “La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos”, *Atelier*, 2007, ps. 19 y ss.

(37) GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, “La responsabilidad civil por productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español”, en *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios*, RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón (dir.), Netbiblio 2006, ps. 243 y ss.

(38) PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, La Ley, 2006, t. II, ps. 337 y ss.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis Nexis, 2006, ps. 499 y ss.

Pese a su gran difusión ha recibido críticas entre otras de no cubre riesgos obvios, aparentes o fáciles de descubrir, que hay veces que la víctima no es el consumidor y el resulta un parámetro impreciso (39).

El segundo criterio, más moderno, se da cuando el riesgo que genera supera a la utilidad social o económica, si el peligro podría haberse evitado con una mejora a un coste razonable, o si existieran productos alternativos con un riesgo menor; como se ve responde a un criterio indudablemente económico.

Se le critica que la noción de utilidad es un concepto demasiado abstracto como para poder permitir una evaluación precisa y por la discrecionalidad que concede a los Tribunales entre otros argumentos (40).

En el derecho anglosajón se instala entonces la noción de defecto como una noción esencial en materia de daños causados por productos, noción que luego se trasladara al sistema del derecho comunitario.

En esta línea evolutiva se ha distinguido distintos tipos de defectos que se han clasificado en a) defectos de diseño, b) defectos de fabricación, c) defectos de comercialización y d) los riesgos del desarrollo.

Los defectos de diseño afectan a toda la serie o modelo del producto y se originan en errores en el diseño, cálculo o fórmulas utilizadas que al ser inadecuadas llevan al resultado del daño. Abarcan una serie de pasos previos a la fabricación e implican una serie de decisiones empresariales que van sorteando distintas instancias. Pizarro considera que es lógico que las consecuencias dañosas formen parte del riesgo de empresa y comprometan su responsabilidad frente al consumidor y los terceros (41).

---

(39) PIETRO MOLINERO, Ramiro, J., *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, Dickinson, 2005, ps. 133 y ss.

(40) SALVADOR CODERCH, Pablo - SOLE FELIU, Brujos y aprendices, Marcial Pons, 1999, ps. 90 y ss.

(41) PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, La Ley, 2006, t. II, ps. 344 y ss.

Con respecto a los defectos de fabricación suele decirse que aparecen de manera aislada en algunos productos de la serie, sea por una falla humana o de una máquina en el proceso de producción y encuadran perfectamente en el riesgo de empresa (42).

Dentro de los denominados defectos de la comercialización incluimos el empaquetado o envoltorio, el etiquetado y la información de modalidad de uso, las propiedades y peligros del producto (deber de advertir); tienen su razón de ser en la asimetría existente entre consumidores y empresarios y creemos que encuadran en el riesgo de empresa y en la Argentina en las obligaciones legales consignadas en la Ley de Protección al Consumidor.

En cuanto a los denominados “riesgos del desarrollo”, casos de productos dañosos por sí para Galgano, mientras que para ciertos autores implica una vuelta al principio de la culpa (43), nosotros no compartimos tal posición y consideramos como lo sostuvimos en varios trabajos y en la obra con el Catedrático Busto Lago que es un supuesto de riesgo de la empresa (44).

Recordemos que podemos conceptualizar al “riesgo de desarrollo”, como las consecuencias dañosas de un producto, que siendo desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción, autorización para el consumo y comercialización, son luego, debido al progreso propio de la ciencia y las técnicas, considerados como consecuencias

directas de la utilización de dicho producto (45), planteando un arduo debate sobre la cobertura, indemnización de los mismos y la excepción del avance de la ciencia (46).

#### IV. El modelo comunitario europeo en la materia

Hemos tenido oportunidad de analizarlo en diversas ocasiones, sobre todo en trabajos más o menos recientes y puntualizar que, en el derecho europeo, desde la década del 70 se fue elaborando un Programa para la protección de los consumidores, siendo la directiva 374 del 25 de julio de 1985, un texto de análisis fundamental en lo relativo a la responsabilidad por productos; sin embargo suele recordarse que ella fue decidida sobre la base de la instauración del Mercado Común y con el objetivo de evitar las distorsiones de competencia entre los Estados miembros (47).

Sin embargo, es muy importante la Directiva del 29 de junio de 1992 referida a la seguridad general de los productos que instituye la obligación de prevenir los daños.

La Directiva establece el principio de la responsabilidad objetiva del productor en caso de daños causados por los defectos de sus productos, (si varias personas son responsables del mismo daño, la responsabilidad será solidaria).

En ella se entiende por “productor” no solo al productor en sentido estricto sino a toda persona que participa en el proceso de producción, abarcando al importador del producto defectuoso, a aquel que se presente como productor

(42) PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, La Ley, 2006, t. II, ps. 342 y ss.

(43) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, ps. 503 y ss., Lexis Nexis, 2006; PIETRO MOLINERO, Ramiro, J., *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, Dickinson, 2005, ps. 116 y ss.

(44) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo”, en *Responsabilidad civil*, Rubinzal Culzoni, ps. 171 y ss.; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., El ‘riesgo de desarrollo’ en materia de productos de consumo: un punto de tensión en la aplicación de los principios del derecho de daños”, RLJ N 2, 2009; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BUSTO LAGO, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Reus, 2010, ps. 40 y ss.

(45) GARRIDO CORDOBERA Lidia M. R., “Responsabilidad por riesgo de desarrollo”, en *Bioética, Sociedad y Derecho*, Lerner 1995, ps. 71 y ss.; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “El riesgo de desarrollo”, LL Actualidad del 23/5/2006.

(46) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BUSTO LAGO, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Reus, 2010; SALVADOR CODERCH, Pablo - SOLE FELIU, *Brujos y aprendices*, Marcial Pons, 1999; PIETRO MOLINERO, Ramiro, J., *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, Dickinson, 2005, ps. 116 y ss.

(47) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BUSTO LAGO, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Reus, 2010; SALVADOR CODERCH, Pablo - SOLE FELIU, *Brujos y aprendices*, Marcial Pons, 1999

poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, y a toda aquella persona que suministra un producto cuyo fabricante no puede ser identificado.

Entre los sujetos asimilados al fabricante en la Directiva encontramos en primer lugar al importador dentro de la Comunidad Europea, cuando el producto proviene originalmente de un país exterior a esta Comunidad (art. 3, 2) su justificación es lógica ya que es más fácil ejercer una acción contra el importador que ejercerla contra el fabricante en un país fuera de la Comunidad, sobre todo cuando el demandante es un consumidor.

En segundo lugar, tenemos la figura de la persona que pone su marca sobre el producto (art. 3, 1), se justifica tal solución dado que esta persona se presenta como si fuera el productor, aunque no lo sea realmente su fundamento, creemos se halla en la buena fe confianza que genera en el consumidor.

Finalmente, el suministrador del producto puede ser considerado como un productor, y esto no obstante el hecho de que sea solamente un distribuidor, la Directiva limita esta posibilidad a los casos en los cuales el productor u otra persona que le podría ser asimilada no puedan ser identificados (art. 3, 3).

Se considera que un producto es “defectuoso” cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, tal carácter del producto se aprecia en función de la presentación del producto, del uso razonable del mismo, y la fecha de puesta en circulación. Se aclara que la puesta en circulación de un producto más perfeccionado no puede tenerse en cuenta para la determinación del carácter defectuoso del producto de que se trate.

En cuanto a la exoneración de la responsabilidad del productor se dice que este no será responsable si demuestra: que no ha puesto el producto en circulación, que el defecto que ha causado el daño ha aparecido después de que él haya puesto el producto en circulación, que el producto no ha sido fabricado para una venta de la que él obtendrá un beneficio, que el producto no se ha fabricado ni distribuido en el ámbito de su actividad profesional, que el defecto se

debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos, que en el momento en que el producto se puso en circulación el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitían descubrir la existencia del defecto (sobre último supuesto, los Estados miembros pueden autorizar excepciones) que, en el caso del fabricante de una parte integrante del producto final, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado, o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto.

En cuanto a la “carga de la prueba”, la víctima debe demostrar la existencia del daño, el defecto del producto, la relación de causalidad entre el daño y el defecto y dado el marco de la responsabilidad sin culpa que prevé la Directiva, no es por tanto necesario probar la negligencia o la culpa del productor o del importador.

El productor no es responsable cuando el daño es causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero, no obstante, en caso de culpa de la víctima, puede reducirse la responsabilidad del productor.

Son daños cubiertos por la Directiva los daños causados por muerte o lesiones corporales y causados a una cosa de uso o de consumo privados distinta del producto defectuoso, con deducción de una franquicia (500 ecus).

La Directiva no se aplica a los daños resultados de accidentes nucleares cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros, pero cabe señalar que la Directiva no restringe en modo alguno la reparación de los daños morales prevista en las legislaciones nacionales.

Además, la responsabilidad se descarta cuando la falta de seguridad legítima de un producto se debe a que un producto se ajusta a las reglas imperativas dictadas por los poderes públicos (art. 7, d)), viniendo a precisar aún más la noción de defecto, puesto que, si esta solución no fuera enunciada, el productor sería responsable, salvo su posible recurso contra los poderes públicos.

El “riesgo de desarrollo” está en el corazón de la noción de defecto. El art. 7 de la Directiva

enuncia que el productor no es responsable si prueba “que en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto”. Dicha solución tenía que ser enunciada expresamente para descartar la responsabilidad del productor, ya que esta hipótesis se refiere a una carencia de seguridad legítima del producto.

En cuanto a la expiración de la responsabilidad, la víctima dispone de un plazo de tres años para solicitar la reparación de los daños a partir del momento en que ha tenido conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor y la responsabilidad del productor expira tras diez años a partir de la fecha en la que el productor puso el producto en circulación, pero su responsabilidad no puede quedar limitada o excluida, con relación al perjudicado, por virtud de cláusulas limitativas de la responsabilidad, esto no afecta a las disposiciones nacionales en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, por lo que el perjudicado puede hacerlas valer.

La Directiva autoriza a los Estados miembros a limitar la responsabilidad global del productor por la muerte o las lesiones corporales causadas por una serie de artículos que presentan los mismos defectos, no pudiendo ser inferior a 70 millones de ecus.

La Directiva 85/374 en principio solo se aplicaba a los bienes muebles producidos industrialmente, estuviesen o no incorporados a otro bien mueble o inmueble, quedando excluidos (salvo derogación de parte de los Estados miembros), las materias primas agrícolas y los productos de la caza que no hayan sufrido transformados, esto fue modificado por la Directiva 34 de 1999 de la CE.

Vemos entonces que tras la crisis de las “vacas locas”, la Directiva 1999/34 CE amplía el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374 a las materias primas agrícolas (tales como la carne, los cereales, las frutas y las legumbres) y los productos de caza para evitar cualquier posibilidad de excepción.

En consecuencia, el productor o el importador deberá pagar los daños e intereses si existe

una relación de causalidad entre el daño sufrido y el defecto, sin que la víctima deba aportar la prueba de que ha habido una negligencia por parte del productor o del importador.

Se contribuyó a aumentar el grado de protección de los consumidores y a devolverles la confianza en la seguridad de los productos agrícolas al alentar a los productores y a los importadores a respetar estrictamente las normas y las medidas de protección aplicables y a adoptar una actitud responsable con respecto a las materias primas agrícolas.

Lambert-Faivre comenta que la directiva europea del 25 de julio de 1985 consagra el principio de una responsabilidad objetiva, sin culpa, inherente a los riesgos creados por la tecnología moderna y por la producción en masa y es una responsabilidad uniforme respecto de todo consumidor, abandonando toda distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual siendo específica, tanto por sus condiciones como por sus efectos (48).

Larroumet, señala que el régimen de la responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos tiene que ser considerado desde tres puntos de vista: primero en cuanto al hecho generador de la responsabilidad, luego en cuanto a los responsables, y por fin, en cuanto a los medios de sustraerse a esta responsabilidad (49).

Este autor, se pregunta, si al ser el hecho que origina el daño un defecto de un producto puesto en circulación, esto significará que se pueda sostener que el producto no ha ofrecido la seguridad a la cual una persona tiene legítimamente derecho solamente porque el producto fue la causa de un daño, respondiéndose, que la directiva no autoriza tal deducción, sostiene que el poder de apreciación de los jueces es esencial y que éstos no podrían admitir que

(48) LAMBERT-FAIVRE, Ivonne, “La responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos en el Derecho de la Unión Europea”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo-Perrot, 1997.

(49) LARROUMET, Christian, “La protección de los consumidores y la responsabilidad de los productores en el Derecho de la Unión Europea”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo-Perrot, 1997.

el daño autorice a considerar por este simple hecho que no ha ofrecido la seguridad a la cual uno tiene legítimamente derecho, se necesita que la carencia de seguridad del producto esté caracterizada y el simple hecho de que en un daño producido el producto esté implicado no caracteriza esta carencia de seguridad (50).

La puesta en circulación de un producto es un elemento esencial de la responsabilidad instituida por la Directiva, la cuestión es saber cuándo se puede considerar que tal extremo ha ocurrido, la directiva no tiene disposiciones decidiendo lo que se debe entender por “puesta en circulación”, aunque contiene ciertos elementos que permiten sostener que tiene que ser el hecho de un profesional (art. 7, c) que incorpore al producto en el circuito de distribución, es un hecho del productor, ya que a él le incumbe decidir poner un producto en los circuitos de distribución, es un acto voluntario de parte del productor, supone una iniciativa suya y surge en *contrario sensu* del art. 7, a, o del hecho que no haya fabricado el producto para venderlo o distribuirlo (art. 7, c).

El art. 11 toma en cuenta “la puesta en circulación del producto mismo que causó el daño” y, por consiguiente, se debe considerar que hay puesta en circulación del producto cada vez que un ejemplar del producto llega al mercado.

Ya hemos dicho que el régimen de responsabilidad instituido por la Directiva es imperativo, y deriva de esto la no posibilidad de descartarlo por otro que sea menos severo para el productor, y la no posibilidad de pactar cláusulas limitativas de responsabilidad, esto está claramente expresado en el art. 12 de la Directiva (51).

Pese al carácter imperativo de la responsabilidad, esto no implica que el productor nunca podrá sustraerse a esta, y puntualiza, Larroumet que, para lograrlo, el productor dispone de tres medios: primero, la Directiva excluyó la respon-

sabilidad en ciertas situaciones, segundo existen causales de exoneración y tercero la responsabilidad del productor se extingue después de ciertos plazos.

Con respecto a la exclusión de responsabilidad encontraremos varios supuestos; el productor no será responsable si prueba que no puso el producto en circulación (art. 7, a), de la misma manera que podrá sustraerse a su responsabilidad si demuestra que el defecto apareció posteriormente a la puesta en circulación del producto (art. 7, b), o también si prueba que el producto no fue fabricado para ser vendido o distribuido en el marco de la actividad profesional del fabricante o del distribuidor (art. 7, c), tampoco será responsable en la hipótesis de un riesgo de desarrollo, aunque los Estados Miembros tengan la posibilidad de admitir en esos casos la responsabilidad del productor (art. 7, e) y finalmente, el productor no será responsable cuando el defecto se deba a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los Poderes Públicos (art. 7, d).

Puede observarse que en todas estas situaciones la víctima habrá probado un defecto, pero la directiva excluye la responsabilidad considerando que este defecto no le es imputable al productor.

Situándonos en las causales de exoneración para la Directiva recordemos que la verdadera causal de exoneración se refiere a la ruptura de la relación causal, es decir que supone que el responsable designado jurídicamente demuestre que el defecto del producto no fue la causa del daño padecido por la víctima.

En Derecho europeo, como también en el argentino, existen tres causales de exoneración: la fuerza mayor, la culpa de un tercero y la culpa de la víctima. La Directiva se refiere expresamente sólo a una de estas causales en el art. 8: la culpa de la víctima, sin embargo, se deben admitir las tres causales del derecho común interpretando armónicamente el articulado, dado que por el art. 4, el perjudicado debe probar la relación causal entre el defecto y el daño.

No obstante, el silencio de la Directiva sobre las dos causales de exoneración, estas se deben admitir ya que si el responsable prueba

(50) LARROUMET, Christian, “La protección de los consumidores y la responsabilidad de los productores en el Derecho de la Unión Europea”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo-Perrot, 1997.

(51) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BUSTO LAGO, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Reus 2010, ps. 47 y ss.

que el daño tuvo otra causa que el defecto del producto, no podrá ser considerado responsable. De hecho, puede perfectamente destruir la relación causal probando la fuerza mayor o la intervención de un tercero.

Si la intervención de un tercero no es la única causa del daño y ese daño también es imputable al defecto del producto, habrá que considerar al productor como responsable de la totalidad del daño frente a la víctima, esta es la solución que da, por ejemplo, el Derecho francés que consagra la obligación *in solidum* de los corresponsables de un daño, salvo el recurso contra los demás de quien pagó por los otros y parecería ser lo que surge del art. 8, 1 y en cuanto a la intervención o culpa de la víctima, podrá permitir que sea reducida la indemnización conforme al art. 8, 2.

Con respecto a los plazos para accionar para obtener una reparación, la responsabilidad del productor se extingue transcurrido un plazo de diez años a partir de la fecha de la puesta en circulación del producto (art. 11) los autores dicen que se trata de un período de garantía, en el sentido de que el productor tiene que garantizar que el producto no tiene defectos y no causará ningún daño durante los diez años que siguen a su puesta en circulación, creemos, como ya lo hemos dicho que frente a ciertos daños este plazo resulta exiguo.

La Directiva prevé otro plazo de tres años para la acción en responsabilidad (art. 10) que empieza a transcurrir el día en que es causado el daño, sin embargo, puede ser que el perjudicado no pueda en ese momento saber que el daño es imputable a un defecto del producto, o también es posible que este perjudicado no sepa quién es el productor responsable, es por ello que, el plazo empezará a transcurrir a contar desde el día en que le fue posible al perjudicado conocer el defecto o la identidad del productor.

Para Lambert-Faivre la Directiva europea del 29 de junio de 1992 relativa a la seguridad general de los productos está estrechamente inspirada en la ley francesa del 21 de julio de 1983. La directiva define el producto seguro como “todo producto que, en las condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, comprendida su duración, no presenta ningún riesgo o sólo riesgos reducidos a un nivel de

protección elevado para la salud y la seguridad de las personas” (art. 2 b)] (52) .

La persona que está sometida a la obligación de prevención es la persona que pone un producto en el mercado, que ejerce una actividad que pueda influir sobre la seguridad del consumidor, se trate del fabricante o de la persona que juega este papel, por ejemplo, el importador o el que pone su marca, el que reacondiciona o interviene en el circuito de distribución del producto.

La obligación de prevención consiste en poner en el mercado únicamente productos seguros, es decir, careciendo de riesgos, o, a lo máximo, presentando un riesgo aceptable para la seguridad de las personas en condiciones normales de utilización, y también consiste en informar a los consumidores de los posibles riesgos del producto, y de vigilar estos productos de manera de que si es necesario poder sacarlos del mercado a fin de evitar daños (53).

Para asegurar la realidad de la sanción de estas obligaciones, los Estados Miembros tienen una obligación de control y de investigación, por ejemplo, sacar muestras, retirar los productos del mercado o prohibir su puesta y deben notificar estas medidas a la Comisión Europea, quien a su vez las notifica a los otros Estados, pudiendo imponer una interdicción temporaria de un producto.

## V. Sistema normativo argentino en la temática que nos ocupa

Veamos someramente que normas creemos pertinentes del Código Civil y Comercial para ser aplicadas a la cuestión de la responsabilidad por productos y servicios y al riesgo de desarrollo.

El problema se verá atrapado por las normas del art. 42 CN, LDC, las leyes ambientales y el Cód. Civ. y Com., tanto en su título preliminar

(52) LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, “La Responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos en el Derecho de la Unión Europea”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo-Perrot, 1997.

(53) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BUSTO LAGO, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Reus 2010, ps. 47 y ss.

como en el específico donde se trata la cuestión de responsabilidad en el título V; capítulo I

Si bien es conocida nuestra posición de considerar a este problema un supuesto de responsabilidad objetiva, con aplicación tanto de las normas Constitucionales y PDH, como también de las obligaciones que emergen de la LDC, indudablemente el problema no está expresamente resuelto y nos ha dividido desde la década del 80.

Recordemos que, en un primer momento, antes de la sanción de la Ley de Protección al Consumidor y de la reforma Constitucional, la normativa aplicable a la responsabilidad por productos era básicamente la contenida en el Código Civil Argentino.

Como hemos dicho, en el derecho argentino, tenemos varios ámbitos de análisis, el del Código Civil y Comercial La ley 24240 de Defensa del Consumidor del año 1993 (con sus modificaciones, la última de abril del 2008) con todo tu plexo normativo y por supuesto la protección Constitucional, como así también las leyes ambientales y debemos observar luego el tratamiento en el Proyecto presentado.

Las analizaremos a continuación someramente para ver que luz arrojan al tema.

### ***V.1. Protección constitucional***

La reforma de 1994 reglo en el art. 42 de la CN de un modo expreso la protección de los consumidores en el territorio Nacional (54), estableciéndose que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato digno y equitativo”, y en su 2do. párrafo manifiesta que “las autoridades proveerán a la protección de estos derechos”.

Farina al hablar del mandato constitucional dice que se basa en el reconocimiento del aspecto social del moderno contrato de masa, recor-

dando como advierte Santos Briz que todo derecho se ordena en definitiva al fin del hombre (55).

Lorenzetti menciona al derecho reconocido como un derecho Fundamental (56) y Gelli indica como su fuente a la Constitución Española de 1978 (57).

Recordemos que las constituciones han nacido como sistemas de garantía y de diseño del estado (forma de gobierno) y que las mismas plasman ideas no solo políticas o económicas sino también filosóficas.

Hesse nos dice que ambos derechos aparecen como parte necesaria de un orden jurídico unitario que recíprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan, hablando de funciones de garantía orientación e impulso (58).

Hay que recalcar que el texto constitucional incorpora el término “relación de consumo” lo que hasta la reforma de la ley de protección al consumidor en el 2008 implicó una cuestión de armonización interpretativa puesto que la ley de 1993 tenía un concepto más restringido y recién con la última modificación se consagra en el texto de la ley (59).

Opinamos como Bidart Campos que lo prescripto por nuestra norma constitucional son derechos plenamente operativos, invocables entre particulares y contra el Estado, en este caso hay un expreso derecho a la información, a la salud, que unido al derecho a no ser dañado que la Corte señala que dimana del art. 19 CN, creemos, da la base constitucional para considerar que frente al supuesto de daño causado

(55) FARINA, J., *Defensa del consumidor y usuario*, Astrea, 1995, p. 5.

(56) LORENZETTI, Ricardo, *Contratos*, p. 76, Rubinzal Culzoni, 2003

(57) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, 2003, p. 371.

(58) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Las bases constitucionales del derecho de los contratos, Análisis crítico del alcance del principio de la autonomía de la voluntad: Límites”.

(59) El art. 3º establece: “relación de consumo es el vínculo jurídico que entre el proveedor y consumidor o usuario”.

(54) Existían desde la vuelta a la democracia en 1985 una serie de constituciones y leyes provinciales que ya los consagraban en su territorio.

por “riesgo de desarrollo” de los productos debe mediar la correspondiente indemnización (60).

## V.2. El Código Civil y Comercial

El Cód. Civ. y Com. establece entre sus disposiciones generales (art. 1708) que las funciones de la responsabilidad son la prevención del daño, su reparación, y recordemos que lamentablemente se suprimió la función punitiva para los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.

Sobre la aplicación de los comúnmente llamados “daños punitivos”, se adoptaba la denominación de *Sanción pecuniaria disuasiva* y el juez tenía atribuciones para aplicarlo, a petición de parte, con fines disuasivos a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Su monto se fijaría prudentialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y criticábamos que tenga en cuenta también la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tendría el destino que le asigne el juez por resolución fundada (ex art. 1714) vemos que en materia de consumo el art. 52 bis LDC no se había tocado y continuamos sosteniendo la posibilidad de discutir el tope legal fijado.

Es muy importante que se establece en el art. 1710 que toda persona tiene el deber de prevención del daño, y que cuanto de ella dependa, debe evitar causar un daño no justificado; adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; y no agravar el daño, si ya se produjo.

(60) Al formar la Constitución un todo armónico, debemos relacionar la parte pertinente del preámbulo “Promover el bienestar General”, el art. 41 de protección ambiental, el 43 de amparo colectivo, el 75 de las atribuciones del Congreso, el 86 del Defensor del Pueblo y el art. 31 que referencia los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y el art. 75 inc. 22.

Recordemos que en la Argentina nos encontramos en pleno auge de la interrelación del derecho privado y la Constitución, en el proceso que se ha denominado constitucionalización del derecho privado.

Estamos en el campo de las acciones de prevención, frente al daño que ya se ha comenzado a conocer y en materia de productos se utiliza el sistema de alerta y el de retiro del mercado, pudiendo recurrirse al *recall*, pero de modo alguno se ha receptado el principio precautorio que surge de la Ley General del Ambiente

Con respecto a los factores, nosotros hemos sostenido siempre que al daño producido por el riesgo de desarrollo le es de aplicación el factor objetivo, como lo hemos desarrollado anteriormente en otros trabajos, pero veamos al respecto que se preceptúa en el mentado código.

El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario (art. 1772).

Veamos que se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado (art. 1730), pero se establece que, aunque ocurra el caso fortuito se es responsable conforme el inciso e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad. Creemos que esta norma nos permite sostener la responsabilidad por riesgo de desarrollo.

Se recepta tanto el riesgo de las cosas como de las actividades estableciendo que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva (art. 1757).

No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. Estableciéndose como Sujetos responsables, al dueño y al guardián de un modo concurrente. Pero no se responde si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.



Vemos que si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción (art. 1761); y si es un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo (art. 1762). Recordemos que conforme al art. 40 LDC estaremos abarcando a la cadena de comercialización.

Si bien nosotros no compartimos fundamentar la responsabilidad por productos en un factor subjetivo y menos aún en el supuesto de riesgo de desarrollo, veamos lo que se preceptúa en el art. 1721 que adopta como norma de clausura del sistema de responsabilidad en ausencia de normativa expresa, allí se dispone que el factor de atribución será la culpa, analicemos entonces que normativa creemos sería importante tener en cuenta lo que sostienen la aplicación de este factor para el riesgo de desarrollo.

La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Mientras que el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (esto último nos enlaza con el dolo eventual penal).

Creemos que aquí es importante la existencia del art. 1725 sobre la *Valoración de la conducta* pues cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias pero sobre todo porque se recalca que cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes, tendremos en nuestro supuesto un proveedor y un vulnerable que es el consumidor que confía.

También vemos que en el ámbito contractual para valorar la conducta en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente, lo que será

importante a ser tenido en cuenta en nuestro supuesto dañoso.

Finalmente recordemos que en materia de prueba de los factores el juez tiene facultad de aplicar la prueba dinámica lo cual pondrá en cabeza de la cadena su carga.

Llegamos finalmente a un punto álgido, el de la responsabilidad del Estado, donde hemos visto una variación entre el Anteproyecto y el Proyecto del PE en el art. 1764. Es importante el rol que el estado como garante de la Comunidad lleva adelante en estos temas que comprometen su poder de policía.

La Reforma del PE estableció que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda y también en el art. 1766 la inaplicabilidad de las disposiciones de este título a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.

Recordemos que se presentó un proyecto de ley de Responsabilidad del Estado que se transformara en la ley 26.994, que realmente desoye años de evolución en el Estado de Derecho; y sostuvimos en varios trabajos y charlas nuestras críticas sobre el sistema plasmado y nuestra creencia de que el mismo es inconstitucional

Veamos ahora un tema específico en la temática que nos viene ocupando que es el regular en el derecho argentino la responsabilidad por riesgo de desarrollo o adherir al sistema de la excepción del avance de la ciencia.

En su proyectado art. 2 inc. b) cerraba aún más el sistema, pues como ya mencionáramos, expresamente señalaba que se exceptuaban de los alcances de esta ley (de la responsabilidad estatal) "los daños y perjuicios que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes al momento de su acaecimiento", incorporando legislativamente la excepción del avance de la ciencia.

Esto daría para las víctimas un doble sistema, si es dañado por un particular podría alegar responsabilidad por riesgo de desarrollo y si lo es por el Estado este se exceptuaría, creemos

que esto no resistía lógica alguna ni principio de test de constitucionalidad y si bien fue suprimido en la sanción definitiva nos alerta sobre la cuestión de intento de plasmar la excepción de avance de la Ciencia.

### V.3. La Ley de Defensa al Consumidor. Ley 24.240 (t.o.)

Creemos necesario brindar una apretada visión de la ley a fin de tener una mirada de conjunto. Con la sanción el 22 de septiembre de 1993 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, nuestro país se incorporó al grupo de naciones que han puesto la atención en la protección de los consumidores de bienes y servicios, aunque de un modo minusválido ya que había sufrido el veto presidencial del art. 40 y finalmente con la reforma Constitucional de 1994 dicha protección llega a su máxima jerarquía.

Hay que recordar que fueron varias las leyes que modificaron los alcances del articulado de la ley, las más importantes serían la ley 24.499 en 1998, que reincorpora la responsabilidad de la cadena de comercialización del art. 40, y, la ley 26.361 de abril del 2008 que modifica e incorpora un total de 36 artículos, pero de gran importancia cuyo tratamiento y crítica en esta oportunidad nos excede (61).

La responsabilidad objetiva en la ley de defensa al consumidor, no es solamente aquella que se desprende del art. 40 (riesgo), sino que se han establecido otros factores de imputación de responsabilidad, objetivos que si bien se encuentran consagrados doctrinal y jurisprudencialmente en el derecho civil, han sido positivados en las relaciones de consumo, y que surgen de los arts. 4, 5 y 6 de la ley 24.240 (62).

Veamos someramente algunas cuestiones, la ley en su versión actual expresa que es su objeto

(61) ALTERINI, Atilio A., "Las reformas a la ley de defensa del consumidor - primera lectura 20 años después", LL abril 2008; PIZARRO, Ramón D. - STIGLITZ, Rubén, "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", LL 16/3/2009; PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor*, La Ley, 2009.

(62) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo", en *Responsabilidad*, Rubinzal Culzoni, 2007.

la defensa de los consumidores o usuarios, en el derecho argentino se entiende comprendidas a las personas físicas o jurídicas que contraten a título oneroso o gratuito para su consumo final o de su grupo familiar o social. La protección también alcanza a quien sin ser parte en la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella se encuentre expuesto a una relación de consumo (63).

No hay discusiones en cuanto al hecho de que al ser una normativa que tiene como finalidad la tutela del consumidor (64), de que toda interpretación de su texto se orienta en tal sentido, ya que por del art. 3 "... en caso de duda, sobre la interpretación de los principios que establece la ley prevalecerá la más favorable para el consumidor" (65).

El deber de informar surge expresamente del art. 4(66) y este texto ha tenido una serie de modificaciones (67). La información es muy im-

(63) Comprende la adquisición de tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados, y figuras afines. El art 2º establece que es Proveedor la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores y usuarios.

(64) Dijimos que desde la sanción del primer texto normativo siempre la interpretación tendía a la que le brinde mayor protección, obteniendo desde entonces carta de ciudadanía en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo principio general, el de la protección al Consumidor (*favor consumidor o in dubio pro consumidor*).

(65) PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, "La reforma de la Ley de defensa al consumidor", en *Reformas a ley del consumidor*, La Ley, 2008; PIZARRO, Ramón D. - STIGLITZ, Rubén, "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", LL del 16/3/2009.

(66) En el texto original decía: "Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos",

(67) El no cumplimiento del deber de información ha tenido en la jurisprudencia un profuso desarrollo.

El fundamento del deber de informar está dado por la desigualdad que presupone que una se halle informada y la otra desinformada sobre un hecho que gravite o ejerza influencia sobre el consentimiento de esta última, de tal manera que el contrato nunca se hubiera llegado a

portante para la protección del consumidor no sólo en la etapa precontractual, sino sobre todo a través de informaciones especiales en: productos o servicios peligrosos (art. 6), productos deficientes o reconstituidos (art. 9) y servicios de reparación (art. 21), operaciones de crédito (art. 36).

La obligación de seguridad (68) también está consagrada en los arts. 5 y 6 de la ley 24.240, ya que el sentido de las normas es garantizar que quien adquiere un producto o servicio no sufra daños por el uso de la cosa adquirida o el servicio contratado (69).

El art. 5 establece expresamente bajo el nombre "Protección al Consumidor" que las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que utilizados en condiciones previsible o normales de uso no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

En el art. 6 se reafirma la protección estableciéndose que las cosas o servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores, deben

---

perfeccionarse o lo habría sido de manera más favorable (CFed. Córdoba, sala A, 26/8/2003, "Altamira Gijena, Raúl E. c. Hyundai Argentina", Lexis Nexis Online 1/70020718-11).

La Ley de Defensa al Consumidor consagra el derecho subjetivo del consumidor o del usuario a ser debidamente informado sobre la naturaleza y demás características de los bienes y servicios que adquiere, constituyendo un derecho esencial para quienes carecen en su mayoría de los conocimientos necesarios para poder juzgar por adelantado sus características intrínsecas, sus cualidades o defectos, conocer los riesgos de uso o consumo y las medidas a adoptar para evitarlos. (CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad de Buenos Aires, sala 2ª, 8/6/2004, "Staff Médico SA c. Ciudad de Bs. As.", LL Online).

(68) Lo que se entendía como un deber secundario de seguridad basado en una interpretación amplia del art. 1198 del CC, se ha transformado por aplicación del art. 5º de la ley 24.440 en un deber de seguridad inescindible de toda obligación que emane de un contrato que encuadre dentro del concepto de relación de consumo. (CNCiv., sala E, 17/9/2007, "Lencinas, Verónica c. Grupo Concesionario Oeste SA y otro", DJ Online).

(69) HERNÁNDEZ Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra, "Comentario a los arts. 5º y 6º", en *Ley de Defensa del Consumidor*, PICASSO, Sebastián -VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto, La Ley, 2009, ps. 73 y ss.

comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

Con la sanción de la ley 24.499 se reinstaló, a nuestro modo de ver, una de las normas más importantes, aunque la solución idéntica era viable por la aplicación de los arts. 1119, 1198 y 1113 del Cód. Civil anteriormente vigente, el art. 40 consagra la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización, estableciendo como única causal para eximirse, el deber de probar que la causa del daño le ha sido ajena; con excepción del transportista quien podrá liberarse si prueba que el daño o vicio en la cosa no se produjo en ocasión del transporte (70).

Ello ha venido a poner fin a las discusiones en cuanto a quienes se encuentran legitimados pasivamente para ser demandados por los daños causados en materia de productos, imponiéndoles un tipo de responsabilidad "solidaria" entre los integrantes de la cadena de producción o comercialización (71).

Sobre esta base, el citado art. 40 de la LPC ha establecido que los miembros de la cadena se podrán liberar "probando que la causa le es ajena...", creemos que esto solo puede entenderse como que se podrá probar que la causa le es ajena, demostrando la ruptura del nexo causal en alguna de las formas establecidas para el art. 1113, 2º párrafo (ya sea mediante culpa de la víctima, culpa de un tercero por quien no se

---

(70) El art. 40 de la Ley de Protección al Consumidor establece "si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. La responsabilidad es sólida pero seguimos sosteniendo que esta es en realidad una responsabilidad *in solidum*, pues reconocen distinto origen y se deja abierta la vía de reintegro dado que se dice la frase "sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan" o sea en la proporción correspondiente, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

(71) Seguimos sosteniendo que esta es en realidad una responsabilidad *in solidum*, pues reconocen distinto origen y además se dice la frase "sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan" o sea en la proporción correspondiente.

debe responder o caso fortuito o fuerza mayor externo), ya que en caso contrario saldríamos de un régimen de imputación objetiva para caer en uno de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga probatoria, situación que realmente no creemos que haya sido perseguida por el legislador (72).

Un norma que ha traído discusiones es el art. 40 bis que incorpora la figura del daño directo (73) como todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes. Estableciendo también un sistema de pago de montos indemnizatorios en sede administrativa que serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto le pudieran corresponder en sede judicial (74).

Creemos que fue sumamente importante la inclusión del daño punitivo (75) en el art. 52 bis, pese a la redacción criticable y a no compartir el tope legal dispuesto en la norma. Se establece que este es aplicable al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a pedido de parte y en su beneficio, pero no podrá superar el límite de 5 millones de pesos, y se graduará en

función de la gravedad del hecho y de las demás circunstancias (76).

Sostenemos que esta norma se completa con los criterios del art. 49 (perjuicio, posición en el mercado, cuantía del beneficio obtenido, gravedad de los riesgos o perjuicios sociales y su generalización, reincidencia) (77).

Para cerrar este ligero pantallazo hay que recordar que la publicidad adquiere en las relaciones de consumo un papel preponderante, ya que se ha establecido por la ley argentina que ella integra el contrato, formando parte de la oferta atento la generación de confianza que impulsa en el consumidor a realizar el contrato y, por ende, conlleva responsabilidad (art. 8) (78).

## VI. El tema en debate

### VI.1. Responsabilidad por riesgo de desarrollo

Decíamos en nuestro libro que todas estas definiciones o conceptualizaciones nos llevan a establecer ciertos elementos comunes, vemos que la dañosidad del producto no podía ser conocida por el productor al momento de la comercialización debido al estado de la ciencia en ese momento, pero todas reconocen también, que el daño se encuentra en relación de causalidad con el producto, queda por establecer entonces jurídicamente si corresponde la responsabilidad del fabricante o corresponde algún tipo de excepción por avance de la ciencia, o por considerarlo una situación de fuerza mayor (79).

Toda actividad humana ocasiona un costo y un beneficio y puede afectar al que lo realiza o a un tercero, pero no todos son asumidos directamente, no siempre se internalizan las externalidades, ya que resulta más económico

(72) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo", en *Responsabilidad civil*, Rubinzal Culzoni, 2007.

(73) PICASSO, Sebastián, "Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa al Consumidor", LL abril 2008; PICASSO, Sebastián, "Comentario del art. 40 bis", en *Ley de Defensa del Consumidor*, PICASSO, Sebastián -VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto, La Ley, 2009, ps. 527 y ss.; BUERES, Alberto J., "Comentario del art. 40 bis", en *Ley de Defensa del Consumidor*, PICASSO, Sebastián -VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto, La Ley, 2009, ps. 538 y ss.

(74) PIZARRO, Ramón D. - STIGLITZ, Rubén, "Reformas a la ley de defensa del Consumidor", LL del 16/3/2009.

(75) PIZARRO, Ramón D., "Daños punitivos", en *Derecho de daños*, 2ª ed., La Rocca, 1993, ps. 291 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Conviene la introducción de los llamados daños punitivos?", *Anales de Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 2ª época, XXXVIII, 1983, nro. 31, ps. 89 y ss.; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, Abeledo Perrot, 2008.

(76) PICASSO, Sebastián *Comentario del art. 52 bis*, en *Ley de Defensa del Consumidor*, PICASSO, Sebastián -VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto, La Ley, 2009, ps. 593 y ss.

(77) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Ponencia al Congreso Internacional de Consumidores", en *Homenaje a López Cabana*, 23 al 25 de septiembre de 2010.

(78) SANTARELLI, Fulvio, "Comentario del art. 8º", en PICASSO, Sebastián -VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor*, cit., ps. 99 y ss.

(79) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BUSTO LAGO, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Reus, 2010.

obtener los beneficios de una actividad sin asumir sus costos y aquí la noción de costo social es de gran importancia en esta materia, como también observar si el Derecho determina su internalización y su asunción, ya que se vincula con el pago de indemnizaciones, los costos preventivos, administrativos y judiciales.

Se argumenta que si las industrias financian y asumen el costo social podrían introducirse comportamientos ineficientes en el mercado, ya que no se asignarían todos los recursos a la producción, y se podrían desalentar aquellas actividades económicas que a pesar de generar daños son necesarias a la sociedad (80).

Nosotros creemos que la “garantía de inocuidad” o “garantía de seguridad” corresponde a la estructura de todos los mercados, a la noción de Empresa y a la asunción por la misma de los riesgos ínsitos en la actividad que desempeña, recordemos que siempre hemos sostenido la existencia del riesgo de actividad con base en el criterio objetivo de la creación de riesgos y no en un factor subjetivo, por ello nos encolumnamos en la tendencia de imputar la responsabilidad al fabricante (81).

No compartimos la corriente que lo considera un riesgo imprevisible y atípico y de que es injusto hacerlo recaer sobre el fabricante ya que es ingobernable e imprevisible estadísticamente, y, por ende, insegurable al no poder saberse su dimensión. Apoyándose esta posición además en el prurito de que el vicio no estriba en la cosa en sí, sino en el nivel alcanzado por la ciencia y no en las tomas de medida de seguridad del empresario (82).

En el sistema de responsabilidad del Código Civil argentino, suele sostenerse que cuando la

nocividad del producto resultare imprevisible al tiempo de elaborarlo, de ponerlo en circulación o comercializarlo, ninguno de los componentes de la cadena económica respondería frente al damnificado, pues si bien se revelarían como autores materiales del perjuicio, la imprevisibilidad conspiraría contra la posibilidad de considerarlos autores, vemos que el “riesgo de desarrollo” es asimilado una situación fortuita conforme a los principios que gobiernan la causalidad adecuada (83).

Para la otra postura, a la que adherimos, para que el “riesgo de desarrollo” que actúe como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto y a la empresa; no implicaría caso fortuito eximente, la *communis opinio* sobre la inocuidad del producto, si posteriores conocimientos científicos comprueban su dañosidad (84).

Creemos que para que actúe como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto y a la empresa ya que en palabras de Benjamin “atribuir al consumidor los riesgos del desarrollo, implicaría reintroducir en el ordenamiento, muchos de los elementos indeseables del sistema basado en la culpa, y el público estaría siendo, de hecho, *Guinea pigs* en el proceso de experimentación de producto en el mercado” (85). Prieto Molinero centra su argumentación en la inexorabilidad, “sucede algo que va más allá de la cualquier posibilidad de acción y que afecta por lo tanto la relación de causalidad” y contra los argumentos de que estamos frente a un hecho interno y no externo, sostiene que esta distinción se presenta como un artificio jurídico y que esto no va a quitar

(80) Hemos dicho en nuestros trabajos que la situación contraria nos conduciría a que las víctimas queden desamparadas en aras de lograr una mayor actividad productiva.

(81) Por ejemplo, en los productos farmacéuticos y químicos existe un riesgo típico y que hoy nadie puede alegar desconocer y que es justamente la existencia de tales riesgos, aunque pueda desconocerse su dimensión hasta que estos se consoliden.

(82) PRIETO MOLINERO, Ramiro, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, Dickinson, Madrid 2005, p. 113.

(83) MEZA Jorge, BORAGINA, Juan Carlos - AGOGLIA María Martha, JA 1997-III-636. Pero, no podrá ser meritudo como imprevisible el daño que sobrevenga como consecuencia de una aptitud nociva que revele que la investigación del producto fue insuficiente o inadecuada según las normas científicas y técnicas propias de la época de puesta en el comercio, o de que no se agotaron los pasos previos exigidos por la *communis opinio* científica contemporánea al lanzamiento al mercado.

(84) GOLDEMBERG, Isidoro - LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos”, JA 1990-I-917.

(85) BENJAMÍN, Antonio, JA 1993-II-913.

que el fabricante se enfrenta el límite invencible del saber de su tiempo y que tanto este como el consumidor, son prisioneros de su tiempo, además de considerar que el fabricante no cuenta con los medios reales para intervenir y evitar el resultado dañoso (86).

Hay que tener presente la teoría de Rumelin en materia de relación de causalidad, para quien serían adecuadas las consecuencias no susceptibles de conocimiento en el momento de hecho, pero descubiertas después.

Sintetizando nuestra opinión podemos decir que el riesgo de su producción o acaecimiento está en la actividad que se realiza y dentro de ella es previsible.

En el sistema argentino el fabricante respondería por darse la relación de causalidad adecuada, cabe incluirlo como ya lo hemos dicho en varios trabajos en la obligación de seguridad y en el riesgo de actividad cuyo soporte legal lo hallaremos en el caso de consagrarse en el Proyecto en la noción de defecto.

Ante el supuesto de imposibilidad de determinar la real fuente o autor del daño, por estar frente a la presencia de un grupo de fabricantes (lo que ha ocurrido en la experiencia americana), siempre hemos creído que se podría aplicar la responsabilidad colectiva o también la viabilidad de aplicar la teoría del *market share* o participación en el mercado.

Los factores de atribución de responsabilidad por “riesgo de desarrollo” son objetivos y no

(86) PRIETO MOLINERO, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, Dickinson, Madrid, 2005, p. 114. También podemos recordar otro pasaje en el que manifiesta que no son pocos los doctrinarios que sostienen que excluir al riesgo de desarrollo de una responsabilidad objetiva importa la introducción de una valoración propia de la culpa, que poco menos que “pervierte” al sistema objetivo. A nuestro modo de ver, esto obviamente no es así, dado que el fundamento que da origen a la situación “riesgo de desarrollo” es el estado en que se encontraba el conocimiento humano en un momento dado y, sólo a partir de entonces, se analizará la conducta del fabricante, pero, ello, no a los efectos de una culpa, sino para ver si éste realmente este hizo todo lo posible en atención a aquellos límites objetivos; en definitiva, para verificar si se podía aplicar ese límite general al caso particular”.

subjetivos. Sostenemos que el daño producido por el “riesgo de desarrollo” es un daño resarcible, que debe ser indemnizado, que no existe una ruptura de la relación de causalidad y que el tiempo de manifestación del daño es lo que debe ser tenido en cuenta por lo que juega la consolidación de los daños y no puede operar la prescripción contada desde la adquisición o consumo del producto.

Aquí nos enfrentamos con un dilema, la seguridad jurídica que brinda el instituto de la prescripción y la necesidad de tener presentes las características propias de este tipo de daños y sus consecuencias irreversibles, no solo para el consumidor sino muchas veces para su descendencia (87).

Por supuesto, que lo consideramos un daño que no debe ser soportado por la víctima inocente, cuya única conducta “culpable” ha sido la de creer en lo que le decían de la inocuidad o no peligrosidad de un producto, para este sujeto el daño es un daño individual pero creemos que también es un daño colectivo que afecta a la sociedad toda y ante la posible inexistencia o insolvencia de los fabricantes, es que hemos propuesto como alternativa la operatividad de los Fondos de Garantía o compensación para que se satisfaga de algún modo la reparación (88).

## VI.2. La consagración de la teoría del *market share*

Siguiendo las líneas de las ideas vertidas en nuestro trabajo sobre el tema, podemos recordar que en el derecho norteamericano se recepta esta figura como un nuevo instrumento tendiente a brindar la indemnización a ciertas

(87) Creemos firmemente que deben ser siempre indemnizables estos graves daños aun pasando los plazos ordinarios legales más largos, por lo que hemos planteado a nivel teórico la discusión de la intemporalidad o imprescriptibilidad.

(88) Coinciden Goldenberg y López Cabana en los siguientes términos: “Habrán de buscarse remedios solidaristas, como los seguros forzosos y la estructuración de fondos de garantías, trasladándose a los costos finales de los productos, con el ánimo de dar soluciones rápidas a los damnificados y evitar la insolvencia o imposible identificación de los responsables, que genera la insatisfacción del damnificado consumidor o usuario destinado a soportar los daños injustamente sufridos”.

víctimas, cuyos daños por la aplicación de un sistema de responsabilidad estricto quedarían, de otro modo sin ser resarcidos (89).

Enunciábamos que la Corte de California adoptó en 1977 la “teoría del *market share*” en el caso “*Sindell c. Abbot Laboratories*”, podemos resumir los hechos que se sucedieron, del siguiente modo: la *Food and Drug Administration* dio autorización a diferentes laboratorios farmacéuticos para comercializar el producto conocido por las siglas D.E.S. (era una síntesis de una hormona femenina —estrógeno— para evitar el aborto espontáneo) y fue puesta en el mercado por unas trescientas empresas aproximadamente; finalmente, en el año 1971 se revocó la autorización.

En el año 1977 se calculaba en tres millones el número de mujeres que sufrían un tipo particular de tumor precanceroso en el cuello del útero y cuyas madres habían consumido medicamentos con la droga D.E.S.; y es así, que ciertos estudios realizados llegaron a la conclusión de que existía un nexo entre la toma de la sustancia por las madres y la presencia de la afección en sus hijas.

Esta situación originó un sinnúmero de demandas contra los laboratorios, los médicos, los farmacéuticos y la autoridad de aplicación que otorgó la autorización; con el criterio de que no habían tenido participación en la elaboración se rechazaron las demandas con respecto a los farmacéuticos, sumándose el criterio de la “praxis” habitual, siguieron igual suerte las interpuestas contra los médicos y en lo que respecta al *Food and Drug Administration* (F.D.A.) este se benefició con la inmunidad prevista en la Federal Tort Claim Act de 1976.

En “*Sindell c. Abbot Laboratories*”, la Corte de California asimiló, con variantes significativas, el conflicto al que se suscitaba con los daños producidos durante un accidente de caza, en el cual no puede determinarse al real autor del disparo, de qué arma provino la bala (recorde-

mos que esto fue producto, en Francia, de un meduloso estudio).

Aquí se introdujo la idea, no de una responsabilidad solidaria pues la acción no sería simultánea (como se da en el accidente de caza), expresándose que en la cuestión planteada y que se debía resolver que la participación en la producción era desigual, por ello, el juez Mosk sentó la tesis del *market share* (90), por la que se establece que, desde que el demandado ha elaborado productos y los ha introducido en el mercado produciendo daños, debe probar que no ha sido el suyo —su producto— el que produjo el daño, de no poder hacerlo y como la actividad no es desempeñada solamente por él, debe responder en la proporción de su participación en el mercado.

Kemelmajer de Carlucci ha dicho al referirse al tema que si veinte laboratorios fabrican el producto, pero solo cinco de ellos manejan el 90% de la producción, cada uno de ellos contribuirá conforme a la participación que tiene en el mercado consumidor (91).

La Corte de California consideró que la responsabilidad por el todo de cualquiera de los sujetos elaboradores produce la consecuencia injusta pues la responsabilidad financiera no guarda proporción con el provecho obtenido (92).

Dicha posición fue seguida por la Corte de Chicago que también permitió a las víctimas accionar por responsabilidad contra los laboratorios farmacéuticos, siendo cada uno de ellos obligado por la parte que detentaba en el mercado a la época de su distribución.

Hay que destacar que en los supuestos de daños por productos, luego de transcurridos muchos años, como por ejemplo doce o más en el

---

(90) Esta teoría es conocida en el derecho francés como *part du marche* (teoría de la participación en el mercado) y ha sido aplicada en resonantes casos.

(91) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Ponencia a la Jornadas rioplatenses”, en *Revista Jurídica de San Isidro*, nro. 24, p. 134, enero-junio 1988.

(92) Esto denota, a nuestro entender, una necesidad de discernir entre la teoría del “riesgo provecho” y la del “riesgo creado”; realmente nosotros adherimos a la teoría del “riesgo creado”, desde el punto de vista filosófico y atándonos normativamente a nuestro derecho positivo.

---

(89) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - CORDOBERA G. DE GARRIDO, Rosa, “La responsabilidad por participación en el mercado (*market share*) en *La responsabilidad*, Abeledo Perrot, 1995, ps. 359 y ss.

caso del D.E.S., es difícil de probar e identificar el medicamento exacto que se ingirió, el nombre del producto y, por ende, del laboratorio que lo fabricó, y en tal sentido el haberlo considerar un daño resarcible y que puedan ser demandadas las empresas fabricantes y condecoradas en virtud de la teoría de la participación en el mercado demuestra un fino sentido social.

Una consecuencia muy trascendente se dará en materia de insolvencia en cuanto se defina que se aplicara una responsabilidad *in solidum* o se basará en la proporción en el mercado (93).

Creemos conveniente marcar algunas ventajas e inconvenientes de la teoría del *market share*, tan criticada por los industriales norteamericanos y hasta tildada de inconstitucional por autorizar a la víctima a perseguir a toda una industria quizá por la conducta de un solo fabricante y de ser además un atentado a la igualdad ante la ley, pues establece el fundamento de la responsabilidad en base de la riqueza y no de la conducta.

Sin intentar refutar acabadamente estos argumentos podemos esbozar algunas reflexiones: en cuanto al principio de igualdad ante la ley, este funciona al igual que en nuestro derecho (art. 16 CN): igualdad de trato ante iguales situaciones, los fabricantes de un mismo producto son todos tratados de la misma manera, no es que se hace responsables a unos y a otros no; en cuanto a la objeción de que la base del presupuesto de la responsabilidad no es la conducta, podemos decir que se está frente a una responsabilidad objetiva por “riesgo de actividad” o “actividad riesgosa” y además el derecho de los accidentes ha establecido diferentes

alternativas para satisfacer la indemnización, siendo este uno de ellos.

Kemelmajer de Carlucci considera expresamente la posible aplicación en nuestro derecho pues advierte grandes semejanzas con la responsabilidad mancomunada establecida en el art. 1121 del Cód. Civil argentino (94).

Debemos volver a expresar que creemos que la “teoría de la participación en el mercado” es muy útil en temas de daños colectivos, puede reconocerse la presencia de un fundamento objetivo de responsabilidad (el riesgo y la garantía) que genera una obligación de reparar *in solidum* entre los componentes del grupo, situación que es más favorable a la víctima (95).

Además, creemos que no se contradice con el requisito de la relación de causalidad (96) y que se cumpliría, en principio, con el fin de la distribución entre los pertenecientes a un grupo del cual se generó el daño, y también que ese ensanchamiento en la legitimidad pasiva se justifica plenamente por las circunstancias socioeconómicas del tiempo que nos toca vivir, siendo de plena aplicación a algunos supuestos que el “riesgo de desarrollo” puede plantear.

### VI.3. La solución proyectada

La regulación que ahora se propone el Proyecto en análisis presenta algunos cambios y ajustes de importancia para dirimir el tema de la responsabilidad por el riesgo de desarrollo y ser un rechazo definitivo de la excepción del avance de la ciencia, solución que desde ya apoyamos y aplaudimos y coincidimos con mucho de lo dis-

(93) Las obligaciones *in solidum* han tenido un gran desenvolvimiento en Francia y doctrinaria y jurisprudencialmente han sido receptadas en nuestro país, ciertos autores las han justificado en la idea de protección de la víctima, de otorgarle una mayor garantía para la satisfacción de su derecho a ser indemnizado frente a la posible insolvencia de alguno de los responsables o también de su ausencia, fallecimiento, etcétera, mientras que en aplicación de la teoría del *market share* estaremos frente a lo que en nuestro Derecho son las obligaciones simplemente mancomunadas de los participantes de un grupo, lo que hace que la insolvencia en las circunstancias que apuntamos las soporte la víctima.

(94) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Ponencia a la Jornadas rioplatenses”, en *Revista Jurídica de San Isidro*, nro. 24, p. 134, enero-junio 1988. La autora citada estima que, aunque esta teoría no satisface plenamente a la víctima permite dar una solución, aunque más no sea de emergencia, para decirlo con sus palabras, no desatendiéndose de los textos legales, hasta que llegue una solución legislativa integral.

(95) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - CORDOBERA G. DE GARRIDO, Rosa, “La responsabilidad por participación en el mercado (*market share*)”, en *La responsabilidad*, Abeledo Perrot, 1995, ps. 359 y ss.; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BUSTO LAGO, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Reus 2010.

(96) Que se da entre el daño y la actividad desarrollada por el grupo.



puesto en el mismo, como se ve en la redacción de nuestros viejos trabajos en las líneas que hemos suscripto en estas hojas previas.

Veamos los textos pertinentes en su redacción del título IV, sobre todo el capítulo 2 - Daños causados por productos o servicios defectuosos

Art. 108.— **Ámbito de aplicación.** Esta sección rige la responsabilidad por los daños causados por un producto o servicio defectuoso como consecuencia de la lesión de las personas, o de daños a bienes distintos del producto o servicio en sí mismo.

Art 109.— **Concepto de producto y servicio.** A los fines de la presente ley se considera producto toda cosa mueble, aunque se encuentre unida o incorporada a un bien inmueble. Quedan comprendidos el agua, el gas, la electricidad, y los bienes derivados del cuerpo humano.

Se considera servicio a cualquier actividad suministrada por un proveedor, cualquiera sea su objeto.

Art. 110.— **Producto defectuoso.** Un producto puede presentar defectos de diseño, fabricación, información o conservación.

Un producto es defectuoso:

Si no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y especialmente su presentación, la información que se proporcionó a su respecto, su uso razonablemente previsible y el momento de su puesta en circulación;

Si no ofrece la seguridad que normalmente presentan los demás ejemplares de la misma serie. El producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente a su puesta en circulación haya sido colocado en el mercado otro de mejor calidad.

Art. 111.— **Servicio defectuoso.** Un servicio es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y en especial, el modo de proveerlo, los riesgos previsibles de su realización, el tiempo en que fue suministrado, y la información proporcionada acerca de sus características y los riesgos que representaba.

El servicio no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente se hayan adoptado nuevas técnicas más inocuas para prestar esa clase de servicios.

Art. 114.— **Legitimación pasiva. Responsabilidad colectiva.** Son responsables concurrentes por el daño sufrido por la víctima todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización del producto o servicio. Quedan incluidos, entre otros, el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor, el prestador, y quien puso su marca en el producto o servicio.

Si se prueba que el daño proviene del defecto de un determinado tipo de producto, pero resulta imposible identificar al proveedor que efectivamente lo fabricó o comercializó en el caso concreto, responden concurrentemente todos los proveedores que comercializan o fabrican el producto en cuestión, en proporción a la participación que cada uno de ellos tiene en el mercado.

Quien pagó la indemnización puede ejercer una acción de repetición contra quien ha dado origen al vicio.

Art. 115.— **Naturaleza de la responsabilidad y eximentes.** La responsabilidad es objetiva en los términos del art. 1722 del Código Civil y Comercial. Los demandados no pueden oponer, como causa ajena, al hecho de cualquiera de los otros integrantes de la cadena de producción o comercialización del producto o servicio.

No configura una eximente el cumplimiento de las reglas del arte, o de la normativa vigente, o el hecho de contar con la autorización administrativa para la fabricación o realización de producto o servicio; salvo en el caso de que la ley o la autoridad administrativa impongan de manera imperativa modalidades para la fabricación, diseño, información o conservación del bien.

La eximente del hecho de la víctima es de interpretación restrictiva y sólo procede ante la prueba de una culpa grave o dolo del damnificado.

Tampoco exime de responsabilidad la circunstancia de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento

de la puesta en circulación del producto o servicio no hubiese permitido apreciar la existencia del vicio.

Art. 116.— Plazo de caducidad. Los derechos reconocidos al damnificado en esta sección se extinguen transcurridos 10 años a contar desde la fecha en que se hubiese puesto en circulación el producto, o prestado el servicio que causó el daño, a menos que durante ese período se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial.

Dado que es sumamente explicativa la nota que acompaña la elevación del proyecto creemos necesario prácticamente reproducir sus dichos por la claridad que demuestran. la interrelación con el Cód. Civ. y Com. y las fuentes que fueron tenidas en cuenta al legislar. Vemos que el tema de los daños por productos y servicios no deja afuera la función preventiva (art. 107), con la necesaria remisión a lo establecido en los arts. 1710 a 1713 del Cód. Civ. y Com. Se ha preferido abrazar la noción de defecto y no de vicio, por resultar más ajustada al fenómeno bajo regulación.

En el art. 108, se regula lo atinente a la responsabilidad por daños causados por productos y servicios defectuosos, y no así cuando éstos son riesgosos, se trata, de un sistema de reparación de los daños causados por productos o servicios defectuosos, en el mismo sentido que el derecho europeo y brasileño, no están incluidos los daños causados por el “riesgo genérico”, porque los autores los consideran regulados suficientemente en los arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com.; y la norma proyectada es un régimen especial, que hace responsables a todos los miembros de la cadena de comercialización o producción, sean o no dueños o guardianes del producto o servicio defectuoso (recordemos que nosotros le aplicábamos uno de los supuestos de responsabilidad grupal para armonizar con el 40 de LDC, hablando de grupo riesgoso). Son fuentes de esta norma el art. 9 de la Directiva Europea 85/374/CEE; el art. 128 del RDE. 1/2007; el art. 1245-1 del Código Civil Francés; y el art. 123 del Código del Consumo italiano.

Se brinda un concepto de producto y servicio en el (art. 109), siendo las fuentes de esta norma el art. 2 de la directiva europea 85/374/

CEE; el art. 136 del RDE 1/2007; el art. 1245-2 del Código Civil Francés; el art. 115 del Código del Consumo Italiano; Mercosur/LIV CT 7, resolución 01/07, art. 1 e).

Luego se caracteriza al producto defectuoso (art. 110) y al servicio defectuoso en el art. 111. En la definición de producto defectuoso se emplean tanto la triple clasificación de defectos de diseño, fabricación e información, a la que se agrega la de los defectos de conservación. Sus fuentes son: art. 6 de la DE 85/374/CEE; art. 137 del RDE 1/2007; art. 1245-3 del Código Civil Francés; art. 117 del Código del Consumo Italiano; art. 12 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil; Restatement (Third) of Torts: Products Liability, Chapter I, § 2.y en materia de servicio defectuoso, es el art. 14 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil.

En relación a la legitimación activa (art. 112), se adopta un criterio amplio, que incluye también a quienes no son consumidores de acuerdo a nuestra definición, porque esta excluye a los terceros “expuestos”, que sin embargo pueden innegablemente acudir a las normas sobre responsabilidad por productos y servicios (por ejemplo, el peatón que es embestido por un automóvil a causa de un defecto de fabricación que impide el frenado). Es el sistema europeo, en especial, la Ley española y el Código Civil francés (art. 128 del real decreto español 1/2007; art. 1245 del Código Civil francés).

Se establece que la responsabilidad es concurrente de forma de guardar coherencia con el Código Civil y Comercial y de manera enunciativa se señala algunos de los legitimados pasivos, lo que no excluye a cualquiera que pueda revestir tal calidad. Se elimina acertadamente el tratamiento diferenciado del transportista, que no se justifica en el marco de las relaciones de consumo, es confusa y no ha merecido aplicación jurisprudencial alguna.

Se incorpora, una norma específica relativa a especial situación que se genera cuando se prueba que el daño proviene del defecto de un determinado tipo de producto, pero resulta imposible identificar al proveedor que efectivamente lo fabricó o comercializó en el caso concreto. En tal caso, responden concurrentemente todos los proveedores que comercializan o fa-

brican el producto en cuestión, en proporción a la participación que cada uno de ellos tiene en el mercado. Se recepta, así, la “teoría del *market share*” finalmente.

Respecto al factor de atribución se dispone que es objetivo, con fundamento en el art. 1722 del Cód. Civ. y Com. (art. 115), y se efectúan varias precisiones relativas a las eximentes de responsabilidad vinculadas a la causa ajena, las que deben ser interpretadas con las reglas generales consagradas en el Código Civil y Comercial, no se reitera por considerarlo innecesario que el caso fortuito debe reunir el elemento de la exterioridad, como resulta expresamente del art. 1733 incs. c), d) y, sobre todo, e) del Cód. Civ. y Com., que son plenamente aplicables.

Se aclara que el hecho de los restantes integrantes de la cadena de producción y comercialización no es hecho ajeno y, por ende, no puede ser invocado como eximente. Ello constituye además una aplicación puntual del ya mencionado requisito de la exterioridad y en el segundo párrafo se aclara que el cumplimiento de la normativa vigente, el hecho de contar con una autorización administrativa, no eximen de responsabilidad. Se exceptúa el caso en que la ley o la autoridad administrativa impongan de manera imperativa modalidades para la fabricación, diseño, información o conservación del bien.

Se establece que la eximente del hecho de la víctima es de interpretación restrictiva y solo procede ante la prueba de una culpa grave o dolo del consumidor, lo cual tiende a incrementar la protección de la parte débil de la relación de consumo y recuerdan que esto va en línea con la interpretación constitucional efectuada por la CSJN en la causa “Ledesma”.

La exigencia de culpa grave del damnificado debe ponerse en relación con la referencia al “uso razonablemente previsible” del producto que efectúa el art. 119 inc. 1, en la medida en que únicamente un uso claramente irrazonable por parte de la víctima podrá eximir al proveedor, esto lleva implícito que en muchos casos el proveedor debe prever incluso el uso negligente o peligroso por parte de la víctima, y que este deber de previsión se ve agravado en situacio-

nes de hipervulnerabilidad (por ejemplo, juegos mecánicos destinados al consumo de niños).

Finalmente, se excluye como eximente al riesgo de desarrollo poniendo fin al debate que nos dividido por décadas, diciendo el art. 115 que tampoco exime de responsabilidad la circunstancia de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto o servicio no hubiese permitido apreciar la existencia del vicio, creemos que esto corona satisfactoriamente la lucha en materia de consumidores por un desarrollo sustentable con adecuada garantía de seguridad en por productos y en la responsabilidad.

Esta disposición debe distinguirse por supuesto de las de los arts. 110 y 111 donde el producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente a su puesta en circulación haya sido colocado en el mercado otro de mejor calidad, y que el servicio no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente se hayan adoptado nuevas técnicas más inocuas. En estos últimos no se trata del posterior descubrimiento de defectos que el producto o servicio ya tenía, pero que eran imposibles de detectar en el momento de su puesta en circulación (riesgo de desarrollo) sino solo de la posterior implementación de nuevas técnicas que mejoran su seguridad. Reconoce según los autores como sus fuentes principales de esta norma los art. 40 de la LDC, y el art. 1245-9 del Cód. Civil francés, agrego por mi parte la jurisprudencia americana y francesa y nuestros Congresos de Daños.

En el art. 116 también introduce un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción resarcitoria siguiendo la DE y a las legislaciones europeas en la incorporación de un plazo de caducidad de 10 años desde que el producto o servicio fue puesto en el mercado, o prestado, pero frente al tema de riesgo de desarrollo, por mi parte, aún mantengo mi duda respecto a su conveniencia debido a los ejemplos como el DES y la talidomida.

## VII. A modo de cierre

Sostenemos frente a un tema como el de la responsabilidad en virtud del riesgo de desarrollo y de los daños producidos y a todos los su-

jetos involucrados intervinientes en la cadena y del Estado y por el otro los consumidores y poblaciones de sujetos vulnerables, creemos que no podemos olvidar bajo ningún pretexto lo imperativo del principio general del *alterum non laedere* que en la Argentina tiene base constitucional en nuestro art. 19 de la CN, que se relacionará necesariamente ante los nuevos supuestos dañosos con lo establecido en el 42 y en los Pactos de Derechos Humanos del 75 inc. 22, con el Código Civil Comercial argentino, con la normativa ambiental y consumeril; por

ello siempre sostuvimos que existía una responsabilidad frente a este supuesto y que cuando se optara por legislar debía ser en tal sentido y no en incorporar la excepción del avance de la ciencia. Hoy vemos con sumo agrado que el proyecto de la nueva ley de consumidores lo consagra permitiendo plasmar una garantía concreta, tanto para nosotros como para las generaciones futuras. Consideramos que es una protección del ser humano y de los principios de derechos humanos que ningún *lobby* debería desbaratar.

# La sanción punitiva en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

JORGE M. GALDÓS (\*)

## I. Introducción

De manera preliminar queremos destacar nuestra enfática adhesión al Anteproyecto de Defensa del Consumidor (en adelante Anteproyecto o ALDC), presentado recientemente al Poder Ejecutivo Nacional, con fecha 6 de diciembre de 2018, por la Comisión de prestigiosos juristas que lo elaboró. Celebramos esta auspiciosa iniciativa y deseamos que sea consagrada en ley de la Nación. La profundidad de la regulación, el tratamiento de las distintas instituciones jurídicas, muchas de ellas novedosas, la solidez científica de los argumentos que la sustenta, entre otras muchísimas razones más, convierten al Anteproyecto en un cuerpo normativo, no solo notoria y marcadamente superador de la actual Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y sus modificaciones (en adelante LDC o texto vigente) y del art. 64 de la ley 27.442, sino que lo ubican a la altura de las legislaciones más avanzadas del derecho comparado. Lo expuesto no significa que, a modo de sincero aporte constructivo, puedan efectuarse sugerencias o propuestas que, en todo caso, enriquezcan el debate que seguramente habrá de darse en el futuro.

Dicho esto, nos abocaremos al análisis, en primeras reflexiones preliminares, de la sanción punitiva (arts. 118, 27 y concs. del ALDC). Para ello brevemente (dados los límites de este

trabajo e incluso el espacio disponible) referenciaremos los proyectos legislativos anteriores y los restantes textos vigentes y —luego— cotejaremos, de modo esquemático y descriptivo, las diferencias entre el modelo actual (art. 52 bis LDC) con el texto proyectado (arts. 27 y 118 ALDC).

## II. Los proyectos legislativos anteriores

### II.1. El Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998

El art. 1587 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998 —antecedente muy valioso especialmente porque introdujo el tema y generó el debate en el derecho argentino— decía: “El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quién actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta y tiene el *destino que le asigne el tribunal por resolución fundada*”.

*Notas distintivas:* amplio campo de aplicación porque comprendía los derechos individuales y los colectivos; elemento subjetivo agravado (procedía ante la “grave indiferencia” frente a los derechos de otros); no tenía tope indemnizatorio; el destino lo fijaba el juez sobre la base del arbitrio judicial, por lo que podía asignarlo todo o parte a la víctima, a terceros (entidades u organizaciones vinculadas con el objeto de la pretensión, entidades intermedias o el Estado) o a ambos (mixto: en parte a la víctima

---

(\*) Juez de la Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Azul (Buenos Aires).

y en parte a terceros). Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999 —por unanimidad— consideraron “plausible la regulación específica de las multas civiles que efectúa el Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 1587” (1).

## ***II.2. El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (2) (arts. 1714 y 1715). La modificación proyectada del art. 52 bis LDC**

A. El texto originario del art. 1714 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Comisión de Reformas establecía: “Art. 1714.— Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. *La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada*”. Por su lado el anterior art. 1715 del Anteproyecto Cód. Civ. y Com. disponía: “Art. 1715.— Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida” (3).

(1) XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: conclusiones. Santa Fe, 23 a 25 de setiembre de 1999. Comisión n. 10: Derecho privado comparado. Las penas privadas, JA 2000-I-1035. GALDÓS, Jorge M., “Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones”, RCyS 1999-23; “Daño moral colectivo. Daños punitivos y legitimación procesal activa”, *Revista de Derecho de Daños* nro. 6, “Daño moral”, p. 133; “La sanción pecuniaria disuasiva ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, julio-septiembre 2012, nro. 31, p. 86; LLAMAS POMBO, Eugenio - MAYO - GALDÓS, Jorge M., “Daños punitivos. Diálogos de Doctrina”, LL 2011-E-1155.

(2) En adelante Cód. Civ. y Com.

(3) Remitimos a GALDÓS, Jorge M. (con la colaboración de Gustavo H. Blanco) “Las funciones de la respon-

Prescindiendo del análisis de esas normas, nos abocarnos directamente en el art. 52 bis LDC según la reforma propuesta por el citado Anteproyecto de Cód. Civ. y Com., que luego no se sancionó. El art. 52 bis LDC del Anteproyecto Cód. Civ. y Com. mantenía en lo esencial la estructura del texto originario (que es el vigente) en razón de que el citado Anteproyecto procuró introducir en la legislación especial solo las mínimas y necesarias modificaciones para conferir coherencia y sistematicidad al derecho privado con los microsistemas.

El art. 52 bis LDC reformado por el Anteproyecto Cód. Civ. y Com., en consonancia con las propias disposiciones de sus arts. 1714 y 1715, establecía: “Art. 52 bis Ley Defensa del Consumidor: del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. *La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada*. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

*Notas distintivas:* Sustitución del nombre daño punitivo o multa civil por sanción pecuniaria disuasiva; armonización de las normas general (arts. 1714 y 1715 del Anteproyecto Cód. Civ. y Com.) con la microsistémica (art. 52 bis LDC modificado); requería petición de parte; la finalidad era disuasiva y sancionatoria; no tenía tope indemnizatorio; el destino quedaba

sabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva” en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Supl. Especial Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, noviembre 2014, p. 143; GALDÓS, Jorge M., “La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto”, LL 2012-C-1254, LL Online: AR/DOC/2762/2012.

librado al arbitrio judicial; se establecían pautas de ponderación para fijar la cuantificación; requería la concurrencia de dos presupuestos: subjetivo agravado: grave indiferencia hacia los derechos del consumidor; y objetivo agravado: conducta grave del dañador; amplio ámbito de aplicación (la tutela de los derechos del consumidor) a diferencia de la sanción pecuniaria del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. que solo comprendía los derechos de incidencia colectiva.

Como es sabido, la Comisión Bicameral suprimió ambas modificaciones, mantuvo el art. 52 bis originario de la LDC, que es el vigente, y suprimió el art. 1714 del Anteproyecto, manteniendo el 1715 que en los desdobló en los actuales textos vigentes, los arts. 1714 y 1715 Cód. Civ. y Com., criterio que anteriormente hemos criticado (4).

### III. Los daños punitivos, multa civil o sanción pecuniaria disuasiva vigentes en la legislación especial

En el derecho positivo existen tres normas vigentes que aluden al instituto con diferentes nombres.

#### III.1. La sanción pecuniaria disuasiva en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado

El art. 1º de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, última parte (en adelante LRE) establece: “La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

Este precepto admite dos interpretaciones: 1) que “la sanción pecuniaria disuasiva” se refiere a las astreintes o sanciones conminatorias del art. 804, Cód. Civ. y Com. y de los Códigos Procesales; 2) que alude a los daños punitivos del art. 52 bis LDC. Las diferencias de ambas interpretaciones radican en que, para la primera, si se alude a las astreintes los daños punitivos o multa civil del art. 52 bis LDC no están prohibidos y son aplicables al Estado y sus fun-

cionarios. Para la segunda interpretación, si se alude a los daños punitivos, mediaría una prohibición legal de aplicación, aunque de dudosa constitucionalidad.

La primera interpretación se funda, esencialmente, en el debate legislativo, especialmente en los informes y dictámenes de la minoría. Tiene en consideración que cuando los legisladores en el debate aludían a la sanción pecuniaria disuasiva se referían a las astreintes o sanciones conminatorias, equiparando ambos institutos (la sanción pecuniaria disuasiva del art. 1º ley 26.944 o multa civil o daño punitivo del art. 52 bis LCD con las astreintes o sanciones conminatorias del art. 804, Cód. Civ. y Com. y de los códigos procesales), y que la norma se propuso prohibir las conminaciones en contra del Estado y de sus funcionarios relativas al cumplimiento de las sentencias o mandatos judiciales. Este enfoque otorga valor interpretativo al análisis de los informes de las distintas comisiones de ambas Cámaras del Congreso. Además, afirma que la ley no puede referirse a la sanción pecuniaria disuasiva ya a la época de su sanción esa denominación solo existía en el que aún era Anteproyecto de Código Civil y Comercial y que luego se suprimió, por lo que resultaría una incoherencia que el legislador prohibiera un instituto no previsto en el ordenamiento jurídico con ese nombre. En todo caso si quería prohibir la función sancionatoria en la LRE debía denominarla daño punitivo o multa civil, que son las dos acepciones contenidas en el art. 52 bis LDC. De ese modo se interpreta que —por un error conceptual— cuando el art. 1º ley 26.944 se refiere a la sanción pecuniaria disuasiva debe leerse y entenderse que está aludiendo a las astreintes. Por consiguiente, y en el entendimiento de que la norma de responsabilidad del Estado no prevé los daños punitivos, la aplicación del art. 52 bis de la ley 24.240 no está prohibida cuando el Estado actúa como proveedor de servicios (caso de la responsabilidad por daños sufridos por el paciente de un hospital público, del choque con un patrullero policial, entre otros —arts. 2º, 52 bis y concs. LDC—). En anteriores oportunidades propiciamos esta posición (5). La segunda inter-

(4) Remitimos a GALDÓS, Jorge M. con la colaboración de BLANCO, Gustavo - VENIER, María Eugenia, “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, en Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos, *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 259; GALDÓS, Jorge M. - BLANCO, Gustavo H. - VENIER, María Eugenia, “Otra vez sobre los daños punitivos”, SJA del 8/6/2016, p. 1; JA 2016-II.

(5) Reenviamos a GALDÓS, Jorge M. con la colaboración de BLANCO, Gustavo, “La sanción pecuniaria disuasiva en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado”, cit., en obra colectiva, ROSATTI, Horacio (dir.), Rubinzal

pretación sostiene que la ley 26.944 prohibió los daños punitivos y que por lo tanto la referencia del art. 1º LRE a la sanción pecuniaria disuasiva corresponde al instituto previsto en el art. 52 bis LDC. Esta postura atiende esencialmente al informe de la mayoría, vertido en el Senado de la Nación, y concluye que lo efectivamente prohibido es la aplicación de la función punitiva para el Estado y sus funcionarios. Por lo tanto, la norma dice que los daños punitivos, previstos en el art. 52 bis LDC, no resultan de aplicación al Estado y sus agentes, aunque cuestionan su constitucionalidad.

De todos modos, y cualquiera que sea la interpretación que se asuma, la norma (art. 1º, *in fine*, LRE) resulta inconstitucional porque la prohibición de imponer sea astreintes o sean daños punitivos al Estado y a los funcionarios públicos resulta arbitraria y lesiva de la garantía de acceso a la jurisdicción y afecta el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 43 CN) (6).

### III.2. Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (arts. 64 y 65)

“Art. 64.— Las personas que incumplan las normas de la presente ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

“Art. 65.— Cuando más de una persona sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el damnificado, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. Según corresponda, podrán eximir o reducir su responsabilidad de reparar los daños y perjuicios a los que se refiere el presente capí-

tulo, aquellas personas humanas o jurídicas que se acojan al beneficio del programa de clemencia dispuesto bajo el capítulo VIII de la presente ley, previa resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que determine que cumple con los términos establecidos en las disposiciones de dicho capítulo VIII. Como única excepción a esta regla, el beneficiario del programa de clemencia dispuesto bajo el capítulo VIII será responsable solidariamente ante (i) sus compradores o proveedores directos e indirectos; y (ii) otras partes perjudicadas, únicamente cuando fuera imposible obtener la plena reparación del daño producido de las demás empresas que hubieren estado implicadas en la misma infracción a las normas de la presente ley”.

Los daños punitivos de la ley de Defensa de la Competencia 27.442 (art. 64), que han sido abordados por la doctrina (7), siguen en lo sustancial la norma actual del art. 52 bis LDC (8). Señala Molina Sandoval que “la comparación del art. 64, LDC 27.442, y del art. 52 bis, ley 24.240 y modif., demuestra que el régimen competitivo alude a ‘damnificado’ (y no a consumidor) y no tiene un límite cuantitativo (que sí tiene el régimen de consumidor que remite a las sanciones administrativas y que es de cinco millones de pesos). De ambos regímenes se derivan coincidencias: (i) debe producirse ‘incumplimiento’ de las normas legales; (ii) la acción será a instancias del propio damnificado (no procederá de oficio); (iii) la multa civil será

Culzoni, p 323; GALDÓS, Jorge M. - BLANCO, Gustavo H. (col.) “La responsabilidad del Estado en la Ley 26.944 por el daño causado por las cosas de su propiedad”, RCyS 2014-XII-20.

(6) Las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. UBA 2013 (Comisión 8, Derecho del Consumidor) propiciaron la aplicación al Estado de los daños punitivos. Reenviamos a GALDÓS, Jorge M. - BLANCO, Gustavo H. (col.), “La sanción pecuniaria disuasiva en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado”, cit., en obra colectiva ROSATTI, Horacio (dir.), Rubinzal Culzoni, p. 323.

(7) FELD, Nicole D. - TAMBUSSI, Carlos E., “Primeras reflexiones sobre la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, RDCO 291-831; AP Online: AP/DOC/402/2018; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Daños punitivos en el régimen de defensa de la competencia”, RCyS 2018-VII, 41; LL Online: AR/DOC/1113/2018; CHAMATROPULOS Demetrio Alejandro, “Los daños punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores: análisis comparativo”, Supl. Esp. Com. Ley de Defensa de la Competencia, 2018-457; RASCHETTI, Franco, “Sobre la incorporación de los daños punitivos a la Ley de Defensa de la Competencia”, RCyS 2018-XII-32; LL Online AR/DOC/2213/2018; CIONFRINI, Ernesto, “La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional”, DJ 2002-2-305, LL Online: AR/DOC/19013/2001; NIETO, Matías L., “Un primer abordaje a la ley 27.442 de Defensa de la Competencia”, ADLA 2018-7-109; LL Online: AR/DOC/1259/2018.

(8) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Daños punitivos en el régimen de defensa de la competencia”, RCyS 2018-VII-41, LL Online: AR/DOC/1113/2018.



en beneficio del damnificado (y no de entes públicos o asociaciones de empresarios o consumidores); (iv) la graduación de la 'indemnización punitiva' se hará 'en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso' (sic arts. 64, LDC, y 52 bis, ley 24.240 y modif.); (v) el daño punitivo 'independiente' de 'otras indemnizaciones que correspondan (sic arts. 64, LDC, y 52 bis, ley 24.240 y modif.)'. En cambio subsisten muchos vacíos legales: (i) cuantificación económica de la multa civil (relación o no con la indemnización generada); (ii) factor de atribución para su aplicación (dolo, culpa, factores objetivos, etc.); (iii) circunstancias que deter-

minan su aplicación y graduación (además de la 'gravedad del hecho'); (iv) asegurabilidad del daño punitivo; (v) pautas procesales de la multa civil; (vi) cómputo de los intereses; (vii) posibilidad de transacción o renuncia de la indemnización punitiva; (viii) reclamo mediante *class actions*; (ix) convivencia de pluralidad de reclamos punitivos de diferentes damnificados por una misma práctica"(9).

#### IV. El art. 52 bis LDC y el art. 118 ALDC

##### IV.1. Transcribimos un cuadro comparativo de ambos textos vigentes

Ley de Defensa al Consumidor 24.240	Anteproyecto de Ley de Defensa al Consumidor
<p>Art. 52 bis: <i>Daño Punitivo</i>. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.</p> <p>Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inc. b) de esta ley.</p>	<p>Art. 118: <i>Sanción punitiva por grave menoscabo hacia los derechos del consumidor</i>.</p> <p>El Juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menoscabo hacia los derechos del consumidor. Se aplican las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Pueden pedirla el consumidor y el Ministerio Público Fiscal. En las acciones colectivas, puede solicitar la sanción pecuniaria cualquiera de los legitimados activos para promoverlas. Sin perjuicio de ello, el Juez puede también imponer la sanción de oficio. A tal efecto, la resolución que dispone correr traslado de la demanda debe advertir al demandado acerca del posible ejercicio de esta facultad;</li> <li>2. El monto de la sanción se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. El importe de la multa no puede ser superior al doble del máximo previsto para la sanción de multa por el art. 157 inc. 2, o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito si este último resultare mayor;</li> <li>3. La sanción tiene el destino que le asigne el Juez por resolución fundada;</li> <li>4. Si dos o más proveedores son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción punitiva, su responsabilidad es solidaria;</li> <li>5. La obligación de pagar la sanción punitiva no es asegurable.</li> </ol>

(9) Autor y ob. cit. *supra*.

#### IV.2. El art. 52 bis LDC

Con carácter previo al cotejo descriptivo de ambos textos, puntualizamos brevemente las notas caracterizantes más importante del daño punitivo del art. 52 bis LDC:

- Requiere de petición de parte por lo que no procede de oficio (10). Una postura admite que el juez la aplique de oficio ya que en caso de que se decida que la condena no se destina al accionante, o solo en pequeña proporción, no habría estímulo para que la víctima la solicite al demandar (11). Este criterio fue receptado por el art. 118 ALDC. Por nuestro lado entendemos que resulta conveniente que la actora precise el monto en la demanda por lo que, sin desconocer las amplias facultades que la ley confiere a los jueces para su cuantificación, y que los damnificados estimarán su reclamo en el máximo legal, creemos que su estimación previa permite el ejercicio más amplio del derecho de defensa. Otra opinión sostiene que “si nos atenemos a la finalidad del instituto, que trasciende el interés particular del consumidor individual el juez debería poder saltar la valla puesta por la demanda del consumidor y condenar por una suma mayor, lo que requeriría reformar el procedimiento civil (...)” (12).

- La legitimación activa recae en el consumidor dañado quien, generalmente, habrá de acumular la pretensión resarcitoria de daños con la punitiva.

- Es necesaria la existencia de daño efectivo, por lo que la sanción pecuniaria no procede en

(10) En ese sentido: ÁLVAREZ, Agustín, “Principales lineamientos sobre las funciones de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, DJ del 17/4/2013, p. 95. En contra y cuestionando que no proceda de oficio, LOVECE, Graciela, “De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el Proyecto de Código Civil”, LL 2012-D-1187.

(11) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Imposición de oficio de daños punitivos”, LL 2012-C-468, en anotación a CSJ de la Provincia de Tucumán, sala civil y penal, 6/12/2011, “Borquez, Juana Francisca c. Cía. de Teléfonos del Interior S.A. CTI Móvil s/daños y perjuicios”.

(12) IRIBARNE, Santiago P. - BRAVO D'ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, RCyS 2009-V-31, adhiriendo a la opinión de Sebastián Picasso.

caso de daño hipotético o eventual. En tal sentido se decidió que “es prudente establecer como requisito de admisibilidad de las condenaciones punitivas la existencia de un daño resarcible individual o colectivo causado por el sancionado (13).

- El ámbito de aplicación es una relación de consumo y el legitimado pasivo es el proveedor de bienes o servicios, públicos o privados.

- El elemento subjetivo del dañador, y pese a que la norma es escueta (“que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales”) requiere de una culpa agravada o dolo. El elemento objetivo requiere que la conducta del dañador sea grave o de entidad.

- No es facultativo para el juez en el sentido de que “deberá” (y no “podrá”) aplicarla en caso de que concurran los presupuestos necesarios.

- Es una condenación pecuniaria autónoma de la conferida en concepto de resarcimiento del daño. Por nuestro lado creemos que dada su naturaleza solo es admisible la condena pecuniaria, tal como se decidió en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999 de Santa Fe. Concordantemente algunos autores entienden que cómo se trata de un “castigo pecuniario” no permite ser reemplazada o sustituida por otras obligaciones de hacer (14). Otro criterio predica que los daños punitivos son “las sumas de dinero u otro tipo de bienes, distintos del dinero aunque susceptible de apreciación pecuniaria” por lo que —tratándose de empresas— la condena puede consistir en la entrega de determinada cantidad de productos o la prestación de servicios a terceros de modo gratuito (15).

- El destinatario es el consumidor, es decir la misma víctima que sufrió el daño. La rigidez del texto permite argumentar que es inconstitucional

(13) XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: conclusiones, Santa Fe, 23 a 25 de setiembre de 1999, JA 2000-I-1035.

(14) VÍTOLO, Daniel R., “Sanciones pecuniarias disuasivas”, LL 2013-E-699; COSSARI, Maximiliano, “Cuantificación de los daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, RCyS 2012-XII-53.

(15) LEIVA, Miguel, “Los daños punitivos. Estado actual del tema en nuestro derecho y sus posibles perspectivas”, LL Online.

porque el damnificado recibe una suma mayor que el daño efectivo sufrido, afectando el principio de la reparación plena en contra del dañador. A ello se responde que la naturaleza o carácter de la condenación pecuniaria obedece a un título distinto, sancionatorio y no indemnizatorio (16).

- La norma vigente establece parámetros para su mensuración, que se deben integrar con los criterios creados pretorianamente.

- La multa civil tiene tope de una condena (\$ 5.000.000), según la remisión al art. 47, inc. b) de la ley.

- La multa civil, justamente porque rige en casos de gravedad, es de interpretación más bien restrictiva (17). Acota Stiglitz con relación con el Anteproyecto del Cód. Civ. y Com. que “introdujo adecuadamente la idea de excepcionalidad de la institución, por limitarla en función de la gravedad, que tanto puede ser atinente a la magnitud de la falta, como del daño. Y el concepto de menosprecio, que refiere a un especial reproche a la conducta dañosa (18).

- La aplicación del daño punitivo requiere de un rol activo y dinámico del juez, con amplio margen de valoración de los requisitos para su graduación (gravedad del hecho y demás circunstancias del caso) y corrector de eventuales excesos de punición. La razonabilidad judicial y el sano arbitrio interpretativo habrá de actuar como contrapeso para resolver muchos de los problemas que presenta la norma (19). Rige también el principio de proporcionalidad.

- Solidaridad. El art. 52 bis LDC dispone que “cuando más de un proveedor sea responsable

(16) Sentamos nuestra opinión sosteniendo la constitucionalidad del instituto en la obra citada de GALDÓS, Jorge M. - BLANCO, Gustavo y VENIER, María Eugenia (colabs.), “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor” en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos, *Tratado de Derecho del Consumidor*, cit., t. III, p. 259.

(17) En ese sentido: VERGARA, Leandro, “La multa civil. Finalidad de prevención”, RDD, Daño punitivo, 2011-2-357.

(18) STIGLITZ, Gabriel A., “Indemnizaciones punitivas. Consumidores y ciudadanía”, RCyS 2014-VII-7.

(19) GALDÓS, Jorge M., “Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones”, cit., RCyS 1999-23.

del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan”. La norma ha sido severamente criticada argentiéndose que “la regla de la solidaridad está en pugna con la naturaleza y esencia de la figura. No parece conforme con el buen sentido jurídico que alguien pueda verse obligado solidariamente a indemnizar daños punitivos por el solo hecho de ser corresponsable de un incumplimiento, cuando no se configuren, con relación a dicho sujeto, las exigencias básicas para la procedencia de la punición” (20). Una posición, más bien minoritaria, predica que la “solidaridad requiere de un plus de actividad probatoria puesto que debe acreditarse la participación activa en el obrar lesivo de todos aquellos sujetos contra los cuales se reclamaba la sanción, de manera tal que podía incoarse una acción contra un grupo de legitimados pasivos, pero de solicitarse la aplicación de daños punitivos solo a alguno de ellos” (21). En cambio, el criterio prevaleciente, que receptó el Anteproyecto fue sostenido en las Jornadas de Junín que para dotar de sentido al precepto legal sostuvo que “los daños punitivos sólo deben recaer en los proveedores que sean autores del hecho que motiva la sanción, quienes también responden por los actos de sus dependientes. Debe, consecuentemente, interpretarse que la solidaridad entre los proveedores dispuesta por el art. 52 bis presupone autoría o complicidad del sujeto sancionado, por lo que no puede ser condenado al pago de daños punitivos aquel proveedor cuya conducta no encuadre en los requisitos de aplicación de la figura” (por mayoría) (22).

- Asegurabilidad. Se discrepa si el daño punitivo es o no asegurable ya que ello le quitaría su finalidad disuasiva y preventiva. La norma vigente guarda silencio y el art. 1714 del Anteproyecto tampoco preveía expresamente la

(20) STIGLITZ, Rubén S. - Pizarro, Ramón D, “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-B-949.

(21) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “Las nuevas regulaciones en materia de sanciones pecuniaria disuasiva (otrora daños punitivos) JA 2012-IV.

(22) XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral de Junín, 2009, en Homenaje a la memoria de Augusto Mario Morello; en el mismo sentido XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba 2009.

cuestión aunque sus Fundamentos —si bien remitían a la legislación especial en materia de seguros— hacían alusión a que la mayoría de la doctrina se pronunció en contra (23). Esta es la postura del ALDC.

- Los criterios normativos propiciados por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial en los arts. 1714 y 1715 propuestos, y la elaboración doctrinal elaborada en torno a ellos, cons-

tituyen una valiosa herramienta de interpretación correctora de los defectos que contiene el art. 52 bis LDC.

**IV.3. Cuadro comparativo de los arts. 52 bis LDC 118 ALDC**

A efectos de brindar un simplificado y descripto análisis comparativo de ambos sistemas proponemos el siguiente cuadro:

	Ley de Defensa al Consumidor	Anteproyecto de Ley de Defensa al Consumidor
Emplazamiento microsistémico	Estructura microsistémica débil e incompleta	Subsistema autoabastecedor, con pluralidad de fuentes normativas convencionales y constitucionales (“plurijuridismo jurídico”), integradas sistémicamente en diálogo de fuentes entre el derecho privado y la legislación especial, con fuerte tutela del consumidor, presencia el orden público de protección y activismo judicial (arts. 42 CN, 1º, 2º, 3º, 52, 1092 a 1095, 1096 a 1103, 1117 a 1122, 1710 a 1713, 1740, 1770 Cód. Civ. y Com., 28 ALDC, leyes de Lealtad Comercial y Defensa de la Competencia)
Funciones de la responsabilidad por daños al consumidor	Preventiva, reparatoria y sancionatoria, con acciones colectivas (arts. 8º bis, 10 bis, 11, 13, 17, 18, 25, 40, 40 bis, 52, 52 bis, 53, 54, 54 bis, 55, 61 inc. a) y concs. LDC).	<i>Precautoria</i> (art. 5º inc. 9). <i>Preventiva</i> (arts. 5º inc. 8, 9º inc. 3, 17, 27, 29 inc. 6, 34 inc. 1, 65 inc. 1, 79 inc. 7, 80 inc. 6, 82, 107, 142 inc. 5, 158, 175 inc. 1, 176). <i>Reparatoria</i> (arts. 27, 50, 51, 65 inc. 3, 73, 75, 108 a 117, 150, 154). <i>Reparatoria de reposición</i> : En los procesos colectivos de consumo cuando se trata de derechos de incidencia colectiva, colectivos o difusos, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior y de resultar imposible o inconveniente se fija en dinero (art. 175 inc. 3, <i>in fine</i> ). <i>Sancionatoria</i> (arts. 27, 118, 157 inc. 2, 157, 158, 1609), con acciones colectivas reguladas detalladamente (arts. 171 a 183). En el Cód. Civ. y Com. las funciones son preventiva y reparatoria, habiendo sido excluidas las acciones colectivas, las que no obstante subsisten por la operatividad constitucional del art. 42 C.N. y la jurisprudencia pretoriana de la Corte de la Nación a partir de la causa “Halabi” (Fallos 332:111) (arts. 1708, 1710 a 1715, 1716 a 1736 y concs. Cód. Civ. y Com. (24). En el microsistema ambiental (Ley General del Ambiente 25.675) las funciones son: precautoria, preventiva, reparatoria —restablecimiento de la situación al estado anterior o de no resultar técnicamente factible, indemnización sustitutiva con destino colectivo: Fondo de Compensación Ambiental— (de modo parecido al 75 ALDC para los derechos colectivos, y acciones colectivas) (arts. 2º, incs. g), k), 22, 27 a 31, 33).

(23) Ver TALE, Camilo, “¿Son asegurables las condenas a pagar las “multas civiles” de la ley de defensa del consumidor? LL 2010-F-946.

(24) Ampliamos en GALDÓS Jorge M. - VALICENTI, Ezequiel, “Los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (la irrelevancia de la supresión del Anteproyecto)”, *Revista de Derecho de Daños*, “Acciones colectivas de daños”, 2015-3-89.

	<b>Ley de Defensa al Consumidor</b>	<b>Anteproyecto de Ley de Defensa al Consumidor</b>
Constitucionalidad de la norma	Algunas opiniones impugnan la procedencia del instituto y su destino al consumidor	Supera ampliamente el “test de constitucionalidad”: cumple con los requisitos de legalidad, certeza y razonabilidad y el destino admite distintas variantes (al consumidor, a terceros o mixto).
Denominación	Daños punitivos y multa civil (art. 52 bis), multa civil (art. 64 Ley Defensa de la Competencia 27.442), sanción pecuniaria disuasiva (art. 1º, ley de Responsabilidad del Estado 26.944)	La denominación adoptada de “sanción punitiva” (título IV, capítulo 4, art. 118 incs. 4 y 5; art. 27) es preferible, por su simplicidad, a “sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor” (nombre del título del art. 118); también la norma aluce a “sanción pecuniaria” (dos veces: art. 118 y 118 inc. 1), “sanción” (dos veces: art. 118 incs. 2 y 3), con una alusión a “multa” (art. 118, inc. 2).
Funciones	Punitiva y disuasoria	Esencialmente punitiva, adicionalmente disuasoria y de supresión de la ganancia ilícita o los “ilícitos lucrativos”(arts. 118, inc. 2º y 157, inc. 2)
Legitimado activa	consumidor, requiere petición del damnificado	<i>Acción individual:</i> consumidor; oficiosa aplicación por el juez, requiere previa comunicación a la demandada de que podrá ejercer esa facultad (similar al art. 1735 Cód. Civ. y Com.); Ministerio Público, con idéntica notificación a la demandada cuando se formule esa petición (art. 165). <i>Acciones colectivas:</i> a) legitimados comunes para los derechos individuales homogéneos y derechos de incidencia colectiva: los afectados con interés razonable (de similar amplitud a la acción preventiva del art. 1712 Cód. Civ. y Com.); Defensor del Pueblo de la Nación y de las provincias; asociaciones reconocidas de defensa de los consumidores; b) legitimados exclusivos para los derechos individuales homogéneos: los municipios; c) legitimados exclusivos para los de incidencia colectiva: el Ministerio Público y de la Defensa; la autoridad de aplicación nacional y local.
¿Quién es consumidor?	Consumidor o usuario: Previsto en el art. 1º	<i>Consumidor y usuario:</i> se amplía el concepto comprendiendo al expuesto a los efectos de la información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad. Se prevé el colectivo del consumidor sobreendeudado. Se extiende el ámbito de la relación de consumo a la protección antecontractual y se amplían las propias del incumplimiento: garantías, vicios rehdibitorios, ruina, etc. (arts. 1º, 2º, 3º, 5º inc. 6º, 16 inc. 1º, 40, 51, 54, 62, 68, 81, 82, 107 a 117 y concs.)
¿Quién es el proveedor?	Previsto en el art. 2º: persona física o humana, pública o privada.	Previsto en el art. 4º: persona física o humana, pública o privada; se amplía y precisan los supuestos comprendidos, manteniendo la exclusión de los servicios de los profesionales liberales, salvo la publicidad, prácticas abusivas, actividad comercial u otra ajena a su incumbencia profesional. Rige para el transporte aéreo de modo concurrente con el Código Aeronáutico y tratados internacionales (art. 4º)

COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

	<b>Ley de Defensa al Consumidor</b>	<b>Anteproyecto de Ley de Defensa al Consumidor</b>
Estimación del monto por el reclamante	No está previsto	No está previsto, pero sí delimitado muy precisamente el límite o tope. Máximo: el equivalente a 5.000 salarios mínimos o diez veces la ganancia ilícita (arts. 118 y 157 inc. 2).
Presupuestos o requisitos	“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado”. Según la letra de la norma el elemento subjetivo requiere el mero incumplimiento con culpa, lo que se interpretó mayoritariamente que debe entenderse como culpa agravada, culpa grave o dolo. Por esa misma vía interpretativa se añade un requisito objetivo: una conducta que produzca un daño grave, que supere un piso o umbral mínimo y que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad, una apoyatura de ejemplaridad.	<i>Elemento subjetivo agravado:</i> “El Juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”, siguiendo las directivas del art. 1714 del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com.  <i>Elemento objetivo agravado:</i> Creemos que se mantiene: el monto se fija, entre otros presupuestos, “tomando en consideración la gravedad de la conducta del sancionado”
Pautas para ponderar la cuantificación	“La multa civil a favor del consumidor, se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.	Art. 118 inc. 2: “El monto de la sanción se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial, la gravedad de la conducta del sancionado, <i>su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador</i> y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. Lo destacado con cursiva corresponde a los nuevos parámetros agregados con relación al texto vigente y siguen la redacción del art. 52 bis del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com., suprimiéndose que el monto se fija “prudentemente” (interpretado como equivalente a razonable o proporcionado).  En el ámbito de las prácticas abusivas (art. 27 del título I, capítulo 1, sección 5) “la sanción punitiva prevista en el art. 128 (debe leerse 118) deberá ser especialmente ponderada atento la afectación de derechos fundamentales o derechos humanos”.  La conducta del dañador posterior al hecho, v.gr. su reticencia en el proceso, no integra la grave inconducta originaria pero sí se debe tener en cuenta para cuantificar el monto de condena.
¿Son acumulables con otras condenaciones pecuniarias?	Sí, existe previsión expresa que las admite	Sí, existe previsión expresa que las admite.

	<b>Ley de Defensa al Consumidor</b>	<b>Anteproyecto de Ley de Defensa al Consumidor</b>
Punición excesiva o irrazonable	Si bien procede “independientemente de otras indemnizaciones que corresponda” aplicando los arts. 1714 y 1715, Cód. Civ. y Com. se interpreta que el juez puede morigerar, reducir o dejar sin efecto la sanción, total o parcialmente. Ello, por aplicación de la previsión expresa del art. 1715 del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com., que en el texto vigente está prevista en los actuales arts. 1714 Cód. Civ. y Com. (primera parte del art. 1715 del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com.) y 1715, Cód. Civ. y Com. (segunda parte)	Si bien debe considerarse como pauta para fijar el monto “la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas”; en alusión a todas las condenaciones pecuniarias admisibles, también rige la morigeración por punición excesiva de los citados arts. 1714 y 1715 en relación dialógica con el Cód. Civ. y Com. (arts. 1º, 2º, 3º, Cód. Civ. y Com., art. 28 ADLC).
Monto de la sanción punitiva	“La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley” (entre cien pesos y cinco millones de pesos)	“El importe de la multa no puede ser superior al doble del máximo previsto para la sanción de multa por el art. 157 inc. 2 o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito si este último resultare mayor”. Por ende se eleva sustancialmente el monto que admite dos variantes (límite legal, art. 157 inc. 2º) o la supresión del ilícito lucrativo (art. 118).
Destino de la sanción	Todo el monto al consumidor que lo reclamó	“La sanción tiene el destino que el juez asigne por resolución fundada” (art. 118).  <i>Otras pautas interpretativas a favor del criterio mixto (parte al damnificado y parte a otras entidades): Prácticas abusivas.</i> En este ámbito cuando se produce “afectación de derechos fundamentales o derechos humanos” “el destino de la sanción punitiva deberá, al menos parcialmente, beneficiar al consumidor afectado” (art. 27 del título I, capítulo 1, sección 5). <i>Procesos colectivos de consumo:</i> cuando se fija en dinero la reparación, reiterando el criterio anterior, “tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada” (art. 175 inc. 3 <i>in fine</i> . <i>Procesos colectivos de consumo:</i> a) sentencia colectiva que condena por derechos individuales homogéneos: la totalidad a las víctimas (restitución en dinero y de resultar imposible lo fija el juez); b) intereses colectivos o difusos: Fondo Especial de Protección de Consumidores; c) Si los afectados individuales no reclaman pasados dos años: Fondo Público administrado por el Defensor del Pueblo o la ANCON (arts. 179 y 180). <i>Régimen sancionatorio administrativo.</i> En caso de multas y otras penalidades impuestas por la autoridad de aplicación el 50% será asignado a un fondo especial para el desarrollo de políticas públicas de protección del consumidor (art. 157 “in fine”; criterio subsidiario y de aplicación analógica en el diálogo de fuentes; art. 28).
Asegurabilidad	No está prevista	Art. 118 inc. 5: “La obligación de pagar la sanción punitiva no es asegurable”

	Ley de Defensa al Consumidor	Anteproyecto de Ley de Defensa al Consumidor
Solidaridad de los proveedores	“Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan”	Art. 118 inc. 4: “Si dos o más proveedores son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción punitiva, su responsabilidad es solidaria”, superando las deficiencias del sistema anterior, fuertemente criticadas. En las prácticas abusivas (art. 27 del título I, capítulo 1, sección 5) “la responsabilidad del proveedor es solidaria y se proyecta incluso a quien actuare en nombre de aquél, sea o no un profesional liberal y no excluye otras sanciones administrativas”.
Registro Nacional de sanciones punitivas. Tribunal competente si se promovieron varias demandas por el mismo hecho	No está previsto	No está previsto. Debe promoverse la creación de un Registro de Sanciones Punitivas, o incluirse en el Registro de Procesos colectivos (Acordadas Corte Suprema 32/14, 12/16 y concs.). El Anteproyecto tiene previsiones para los procesos colectivos (art. 176: el juez que intervino primero), en casos especiales, según la gravedad del hecho y otras circunstancias, ordenado por resolución fundada (art. 3º, Cód. Civ. y Com.). Podrá disponerse la publicación de la parte pertinente de la sentencia condenatoria, conforme con las pautas supletorias previstas para las sanciones administrativas (art. 157 Anteproyecto; arts. 52, 1103, 1740, 1770 Cód. Civ. y Com.)

## V. Consideraciones complementarias y adicionales

Como consecuencia del panorama esquemáticamente expuesto, y dentro de los límites de este trabajo (incluido el espacio disponible), agregaremos algunas consideraciones adicionales.

### V.1. Concepto y denominación

En anteriores oportunidades sostuvimos que los daños punitivos, multa civil, sanción pecuniaria disuasiva, o ahora función punitiva, consisten en adicionar al dañador un “plus” de condenación pecuniaria sancionando su grave inconducta, lo que repercutirá con efectos ejemplificadores con relación a terceros. Se trata de una condenación adicional a la estrictamente resarcitoria, que se impone al dañador con carácter esencialmente sancionatorio y disuasivo, autónoma de la indemnización, cuya cuantificación y destino debe resultar de la ley, respetando los principios de razonabilidad y legalidad, y que rige en caso de daños graves causados con culpa grave o dolo (25).

La cuestión terminológica reviste mucha importancia. Se suele hablar de indemnizaciones sancionatorias, indemnizaciones punitivas, daños agravados o ejemplares, pena pecuniaria, penas civiles, pena privada, sanciones retributivas, represivas o ejemplares. El daño punitivo también es conocido “como daño ejemplarizante, daño retributivo o dinero picante” (26). Algunos autores prefieren la expresión multa civil (27), sanción punitiva (28), indemnización punitiva (29), o pena privada (30); otra denominación propuesta es la de sanción ci-

(26) RINESSI, Antonio J.- REY DE RINESSI, Rosa, “Naturaleza jurídica del daño punitivo”, *Revista de Derecho de Daños*, “Daño punitivo”, Rubinzal Culzoni, 2011-12-121.

(27) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La naturaleza jurídica de los daños punitivos”, *Revista de Derecho de Daños*, 2011-2, “Daño punitivo”, p. 73.

(28) MOLINA SANDOVAL, Carlos - PIZARRO, Ramón D., “El daño punitivo en el derecho argentino”, *Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa* —DCCE— Año 1, nro. 1, septiembre 2012, p. 65.

(29) STIGLITZ, Rubén - PIZARRO, Ramón D., “Reformas a la ley de defensa de consumidor”, LL 2009-B-949; STIGLITZ, Gabriel A., “Indemnizaciones punitivas. Consumidores y ciudadanía”, RCyS 2014-VII-7.

(30) ANDRADA, Alejandro D. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Reflexiones sobre las llamadas penas privadas. A

(25) Remitimos a los trabajos en las notas 1 y 3.



vil extrarreatoria (31), multa civil por actos desaprensivos, indignantes o antisociales (32), o sanción pecuniaria (33). La denominación del Anteproyecto Cód. Civ. y Com. de sanción pecuniaria disuasiva —sugerida por Matilde Zavala de González— partía de la base de que la referencia al daño punitivo es incorrecta porque lo que se castiga es la conducta (y no el daño), y además al agregarle al daño los aditamentos de punitivo o sancionatorio se incurre en una contradicción. La sanción pecuniaria disuasiva es una expresión que denota que se trata de una sanción, es decir que se refiere a la función punitiva de la responsabilidad civil, de naturaleza pecuniaria, porque constituye una prestación de dar sumas de dinero, pero que también reviste otra función de igual jerarquía consistente en la disuasión de futuras conductas que puedan causar daños, conforme con su tipificación legal. Además, la denominación se integra con términos usuales en el derecho argentino. La referencia a la naturaleza penal que se desprende de ese término —sanción— se neutraliza con las otras categorizaciones que le siguen (pecuniaria disuasiva). En este sentido cabe recordar que, según el Diccionario de la Real Academia Española, “disuadir” significa: “inducir, mover a alguien con razones a mudar de dictamen o a desistir de un propósito”. Se procura que el dañador no vuelva a dañar y que la sanción pecuniaria tenga efectos ejemplificadores respecto de terceros. Enfatizamos que la expresión sanción pecuniaria disuasiva pone de relieve las dos notas esenciales de la figura: sancionar y desalentar inconductas futuras, lo que no excluye otras funciones adicionales y complementarias, como dismantelar

propósito de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, RCyS 2000-33.

(31) FRUGOLI, Martín, “Daños punitivos hoy, daños punitivos en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012 y el futuro pendiente”, MJD6125.

(32) MOISÁ, Benjamín, “Los llamados ‘daños punitivos’ en la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario” (art. 52 bis de la ley 24.240, texto incorporado por la ley 23.361).

(33) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los daños punitivos. Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor (art. 52 bis, ley 24.240), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 362.

los efectos resultantes del denominado “ilícito lucrativo” (34).

En suma, y si bien no nos oponemos a la nueva designación del instituto, quedó expuesto por qué preferimos la otra denominación, la que por otro lado se compadecía con su doble función. Ahora, creemos que el art. 118 ALDC al remarcar la sanción punitiva, sin hacer expresa referencia a la función preventiva o disuasoria, confiere a aquella la función primordial, la que prevalece por sobre las restantes, aunque con la disuasiva y la que proscribiera la ganancia ilícita, la completan y complementan.

## V.2. El destino de la sentencia de condena

El destino que corresponde asignar a la multa civil es uno de los puntos más polémicos y los mismos Fundamentos del ALDC señalan que muchos criterios que fija el art. 118 se lograron por mayoría. Nosotros adherimos a la postura de que el monto quede librado al arbitrio judicial, que —por lo demás— es la solución adoptada por la mayoría de los proyectos anteriores y que da cabida a diferentes variantes en la asignación del monto de condena que puede abarcar varias de las propuestas enfrentadas: habilita el destino exclusivo al consumidor, exclusivo a terceros o mixto, aceptando múltiples variantes (35). Aquí radica, entre otros más, uno de los mayores aciertos del ALDC.

Los que sostienen que la víctima no debe ser beneficiaria atienden al principio de la reparación plena del daño y recalcan que se produciría un enriquecimiento sin causa si recibe un monto mayor que el perjuicio efectivamente sufrido (36). Se argumenta que “resultará de manifiesta arbitrariedad que un juez aplique una multa en forma discrecional a favor del consumidor para que este la perciba cuando la propia ley en su art. 49 LDC exige que la multa esté rodeada de ciertos requisitos y que además un cincuenta por ciento de la misma vaya con

(34) GALDÓS, Jorge M. “La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto”, LL 2012-C-1254.

(35) Ver la clasificación de SPROVIERI, Luis E., “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, JA 2010-IV-930.

(36) MOISÁ, Benjamín, “Los llamados ‘daños punitivos’ en la reforma a la ley Nro. 24.240”, RCyS 2008-271.

destino al fondo de educación del consumidor, porque ambas exigencias legales emanan de la misma ley y no pueden ser utilizadas con criterios distintos, sobre todo porque una de ellas lo hace en protección de un interés de todos los consumidores y no de uno en particular (37). Es compartible el argumento de Picasso de que el rígido destino legal de la sanción pecuniaria al consumidor del art. 52 bis LDC dificulta y obstaculiza, en la práctica, la fijación de montos más acordes con la entidad de la conducta y con el daño (38).

Quienes piensan en el damnificado como destinatario del plus de indemnización hacen hincapié en los incentivos de conducta y en las ventajas de estimular a los consumidores a prevenir y sancionar las conductas ilícitas de los proveedores dañantes (39), máxime que en el derecho del consumo —que prevé las acciones colectivas— es admisible que las asociaciones de defensa de los consumidores puedan también reclamar el daño individual (el derecho individual homogéneo) de cada uno de sus integrantes (40). Esta solución (todo el monto destinado a la víctima) es la receptada por el art. 52 bis LDC, y quienes la aprueban argumentan que, en la opción, es preferible enriquecer a

quienes revelaron ser altruistas que dejar impunes conductas reprochables (41).

La postura más difundida predica su carácter mixto, es decir su distribución entre el dañado y otros beneficiarios (fondos de garantía, entidades u organizaciones con fines comunitarios o con finalidades vinculadas con el hecho lesivo, etc.) (42). Ya dijimos que adherimos a esta posición. Se afirma que si la finalidad de la condena punitiva es solidarista y no individualista, si persigue un ideal de justicia, a fin de desmantelar los efectos de ciertos ilícitos que por su grave antijuridicidad son intolerables para la sociedad, esta debe ser también legitimada para la percepción de tal condena (43). En ese sentido se afirma que pueden admitirse distintos destinatarios (44); que en la distribución mixta la víctima debe recibir una parte importante, nunca menor al 50% (45), y que el destino debiera ser asignado principalmente al Estado o a organismos de defensa de consumidores, señalándose la conveniencia de seguir el criterio del art. 1587 del Proyecto de 1998 (46). También se afirmó que “los daños punitivos deben ser distribuidos proporcionalmente entre el demandante y un tercero. Quien será ese tercero y cuál será la proporción de la distribución constituye una cuestión de política legislativa” (47). Stiglitz señaló que “en ocasiones sería más va-

(37) RINESSI, Antonio J. - REY DE RINESSI, Rosa, “Naturaleza jurídica del daño punitivo”, *Revista de Derecho de Daños*, 2011-2, “Daño punitivo”, Rubinzal Culzoni, p. 136.

(38) PICASSO, Sebastián, “El gel íntimo en la gaseosa y ‘los daños punitivos’. Fin del sainete”, *Infojus DACF140418*.

(39) En esa orientación, con variantes: LÓPEZ HERREIRA, Edgardo, “Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”, *JA* 2008-II-1198 y *Los daños punitivos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008; IRIGOYEN TESTA, Matías, “Fórmulas para cuantificar los daños punitivos”, su ponencia en el XI Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, junio de 2011). ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “La consistencia de los daños punitivos”, *LL* 2009-B-1156 (ver también autor citado “Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación”, *LL* 2010-F-397 y “El consumidor a partir del Proyecto de Código Civil”, *RCyS*, marzo 2013-5); COLOMBRES, Fernando M. “Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, *LL* 2008-E-1159.

(40) RÚA, María Isabel, “El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales”, *JA* 2011-IV-1510.

(41) SPROVIERI, Luis E., “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, *JA* 2010-IV-930.

(42) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Función preventiva de daños”, *LL* 2011-E-1116 y “Relevancia cuantitativa del daño”, *RCyS*, febrero 2012, p. 95.

(43) BRUN, Carlos, “Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? Especial referencia a los llamados daños punitivos”, *DJ* 2004-3-1228.

(44) ÁLVAREZ, Agustín, “Principales lineamientos sobre las funciones de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *DJ* 17/4/2013, p. 95.

(45) SOBRINO, Waldo, “Los daños punitivos en el anteproyecto de código civil 2012 y en la ley de defensa del consumidor (luces y sombras en la prevención del daño)”, *elDial.com-DC1859*.

(46) STIGLITZ, Rubén - PIZARRO, Ramón D., “Reformas a la ley de defensa de consumidor”, *LL* 2009-B-949.

(47) FLORENCIA, Nallar, “Los daños punitivos en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3, “Proyecto de Código Civil y Comercial - II”, Rubinzal Culzoni, p. 486.

lioso y razonable que los importes se asignen —aunque sea parcialmente— directamente a objetivos de bien común, especialmente con los fines de disuasión por los que brega esta figura sancionatoria. (...) Si los jueces tienen la posibilidad de definir un destino (total o parcial) diferente al consumidor, en pos del bien común y directamente ligado a la disuasión, entenderán que ello sería estéril a través de sumas simbólicas, y seguramente se verán obligados a satisfacerlo, fijándolas en niveles mucho más significativos” (48).

Pensamos a favor del texto proyectado (art. 118 ALDC) que resulta conveniente dejar librado el destino al razonable arbitrio judicial (que no es arbitrariedad). Esta solución resulta valiosa porque permite compatibilizar el carácter sancionatorio y disuasorio de la indemnización punitiva (aunque, entendemos, más debilitado en la letra de la norma proyectada) sin perder de miras el incentivo que representa la percepción de una parte (no su totalidad) por el peticionante que promovió la demanda y arribó a la sentencia de condena, y que otra porción (generalmente mayor) se destine a finalidades que atiendan a la naturaleza del bien afectado y a la promoción y fomento de políticas a favor del consumidor. De este modo su afectación a fines colectivos (por ejemplo, mediante su adjudicación a una entidad de las previstas en el art. 43 de la CN, para programas vinculados con la tutela del derecho o del bien conculcado o incluso el Estado) permite que la indemnización punitiva se difunda a la comunidad afectada.

El monto, como bien se señala en la doctrina, debe ser de “cierta significación” (49). No es tarea sencilla determinar la cuantía que constituya una adecuada sanción disuasoria que no resulte ni irrisoria ni que incurra en exceso de punición.

### V.3. Tres sentencias destacadas

De la jurisprudencia más reciente destacamos tres sentencias de importancia.

(48) STIGLITZ, Gabriel A., “Indemnizaciones punitivas. Consumidores y ciudadanía”, RCyS 2014-VII-7 y “Responsabilidad civil y ética pública”, RCyS (portada).

(49) SPROVIERI, Luis E., “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, JA 2010-IV-930.

En una de ellas la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires confirmó un fallo señero de la Cámara de Bahía Blanca, con voto del Dr. Peralta Mariscal, que había aplicado para cuantificar el daño punitivo la fórmula matemática elaborada por Matías Irigoyen Testa. Se trata de la condena a una entidad financiera que, con grosera negligencia, cercana al dolo, reclamó a un cliente el saldo deudor de una cuenta corriente conexas a un contrato de tarjeta de crédito que no se perfeccionó. A ello se le sumó el incumplimiento de condonar la deuda (obligación asumida en una audiencia posterior ante la OMIC), lo que obligó a la usuaria a promover la acción judicial solicitando el cumplimiento de lo pactado y la nulidad de la apertura de la cuenta corriente ya que su validez estaba sujeta al perfeccionamiento del contrato de tarjeta de crédito, para el que no prestó su consentimiento. Este precedente —recalcamos— reviste marcado interés porque se trata del primer caso en el que se acudió a una fórmula matemática para cuantificar el monto (\$ 1.000.000) (50). La Suprema Corte confirmó la sentencia destacando el voto del juez De Lázari, que en lo principal conformó la mayoría, que “es útil recurrir a fórmulas de matemática financiera o actuarial como son aquellas contenidas en las tablas de amortizaciones vendidas a interés compuesto... Ello ofrece, como ventajas, algún criterio rector más o menos confiable, cierto piso de marcha al formular o contestar reclamos, o el aventamiento de la inequidad, la inseguridad o la incerteza. Pero esas ventajas no deben llevarnos a olvidar que tales fórmulas juegan, por un lado, como un elemento más a considerar —cuando de mensurar un daño y su reparación se trata— junto a un haz de pautas fundamentales ajenas al mundo de

(50) C1ª Civ. y Com., Bahía Blanca, sala 2ª, 28/8/2014, “C., M. C. c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/nulidad de acto jurídico”, Rubinzal Online, RCJ 6793/14; LL 2014-E-495; con nota de Bernardo Saravia Frías, “Determinación del monto de los daños punitivos”, LL 2014-E-495; con nota de Matías Irigoyen Testa, “Aplicación jurisprudencial de una fórmula para daños punitivos”, LL 2014-E-497; con nota de Federico M. Álvarez Larrondo, “Un precedente rayano con la perfección en materia de daños punitivos”, RCyS 2014-XI-33; con nota de Marcelo C. Quaglia, “Un novedoso fallo en materia de consumo”, RCyS 2015-III-37; con nota de Diego Hernán Zentner, “El daño punitivo entendido como una verdadera sanción disuasiva”, DJ 11/03/2015, 7.

las matemáticas y con todas las cuales el juzgador ha de trabajar para aquella determinación. Y, por otro lado, que su aplicación desprovista de prudencia puede llevar a verdaderos despropósitos". En el voto del Dr. Pettigiani se proponía distribuir el 20 % para la víctima y el 80% restante a organismos oficiales para afectarlos al fomento y protección de los consumidores (51).

En otro importante pronunciamiento la sala A de la Cámara Nacional en lo Civil aplicó, por mayoría (con sólido voto del Dr. Racimo), daños punitivos a una empresa de medicina prepaaga a pagar por negar reiteradamente las prestaciones para la rehabilitación de un niño con discapacidad. El voto en disidencia del Dr. Picasso, al que adhirió el Dr. Zannoni que hizo hincapié en la cuestión del destino a favor de la víctima, declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 52 bis, y el Dr. Li Rossi consideró que la demandada no demostró un desinterés de entidad como para que proceda la imposición de la multa civil (52).

La Cámara de Tucumán declaró, por mayoría, la constitucionalidad de la norma con destino exclusivo al consumidor (voto Dra. Pilar Amenábar) por haberse encontrado una pila alcalina en una botella cerrada de una gaseosa (condenándose a pagar \$ de \$ 500.000 a favor del reclamante), mientras que el voto en minoría del Dr. Benjamín Moisés declaró de oficio la inconstitucionalidad del destino y del total de \$ 1.100.000 asignó \$ 100.000 a la víctima y \$ 1.000.000 a una entidad de bien público, la Sociedad de Beneficencia de Tucumán, cuya elección justificó y fundó (53).

El texto ahora proyectado supera las dudas interpretativas que se generaron en estos antecedentes jurisdiccionales: el art. 118 ALDC es

(51) SC Buenos Aires, c 119.562, 17/10/2018, "Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires s/nulidad de acto jurídico".

(52) CNCiv., sala A, 17/10/2017, "M., M. S. y Otro c. Organización de Servicios Directos Empresarios s/daños y perjuicios" elDial.com - AAA3E0.

(53) CCiv. y Com., Tucumán, sala II, 27/7/2017, "Esteban, Noelia Estefanía c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICAG s/daños y perjuicios", elDial.com - AAA123.

constitucional; el destino lo fija el juez, puede ser mixto y tiene facultad para determinar la entidad o institución beneficiaria; la aplicación de fórmulas matemáticas, aunque no previstas normativamente (lo que entendemos correcto y conveniente, al menos en este estado de avance y consolidación del instituto), puede constituir un parámetro orientativo, incluso por aplicación analógica y dialógica con los arts. 1745 y 1746 del Cód. Civ. y Com. para la fijación del daño material por fallecimiento e incapacidad. Digamos, de paso, que preferimos que la entidad beneficiaria esté estrechamente vinculada con los derechos individuales o colectivos de los consumidores y deberá reflexionarse cuál es la etapa procesal más conveniente para su elección e identificación, si ello procede aun cuando todavía no se dictó sentencia de condena, cuándo se le notifica su carácter de beneficiario y en qué momento debe manifestar su aceptación como donataria.

*La sanción punitiva y el daño ambiental.* La sanción no es aplicable más allá del ámbito del consumo, por lo que resulta ajena al derecho ambiental, salvo el supuesto de consumo sustentable. En efecto y sin desconocer un valioso precedente que hizo extensivo el art. 52 bis LDC a un caso ambiental, cuyo criterio respetamos aunque no compartimos (54), lo cierto es que rige únicamente en los casos de "consumo sustentable" (art. 43 CN), tal como lo prescriben los arts. 1º, 16, 240 y 1096 Cód. Civ. y Com., y los arts. 2º incs. 5, 11, 28, 33 inc. 5 y concs., ALDC. Ello, claro está, sin descartar cuando el hecho generador por las actividades de producción, prestación de servicios, montaje, creación material o intelectual, construcción, transformación, distribución, comercialización o transporte (art. 4 ALDC), o los vicios de los bienes o los productos o servicios defectuosos (arts. 51, 108 y concs. ADLC) producen daños al ambiente en los términos de la Ley General del Ambiente 25.675.

(54) CCiv. y Com., Junín, 19/11/2015, "Décima, Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina SA) y otros s/daños y perjuicios", LL 2016-A-136, con nota de Diego F. Martinotti y Marcelo C. Quaglia, LL Online: AR/JUR/53943/2015.

# Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos

---

MATÍAS IRIGOYEN TESTA (\*)

## I. Introducción

En diciembre de 2018 se elevó a consideración del Poder Ejecutivo de la Nación Argentina un Anteproyecto de la Ley de Defensa del Consumidor (seguidamente, ALDC), reforma integral de la vigente ley 24.240 (BO 15/10/1993, en adelante, LDC), incluyendo un texto alternativo al actual art. 52 bis de la LDC, sobre los llamados daños punitivos (denominados ahora, en el ALCD, como “sanción punitiva” o “sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”, respectivamente, arts. 27 y 118). En la carta de elevación se deja “constancia que como producto colectivo deja a salvo las opiniones personales de sus integrantes.” Específicamente, en los fundamentos, para los daños punitivos se explica, nuevamente, que

“Debe aclararse que han existido notables contrapuntos entre los miembros de la Comisión en este tema [daños punitivos], razón por la cual se han dejado a salvo las opiniones particulares, arribándose al texto que ahora se propone por mayoría” (1).

En cualquier caso, en aquella carta se explica que el “Anteproyecto que hemos elaborado se sugiere se ponga consideración de la comunidad, a fin de que se efectúen las propuestas y observaciones que se estimen pertinentes” (2).

Conforme con lo solicitado en esa carta por la comisión redactora del artículo proyectado, en privado por la editorial Thomson Reuters-La Ley, se publica ahora, luego de algunos ajustes necesarios, informes que ya se habían remitido oportunamente para tenerse en cuenta durante debates en el Congreso Nacional argentino, a través de solicitudes de informes oportunamente efectuadas por miembros asesores del tratamiento del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) en 2011 (3) y del Proyecto del Cód. Civ. y Com. en 2012 (4).

### ***1.1. Principales inconvenientes de la reforma proyectada: el dolo como requisito para la procedencia de los daños punitivos y el destino de la multa***

#### *1.1.1. El requisito de “grave menosprecio” (dolo) para la procedencia de los daños punitivos*

La doctrina especializada y jurisprudencia ampliamente mayoritarias consideran que para

---

(\*) Profesor titular, ordinario, de Derecho de Daños y Seguros de la Universidad Torcuato Di Tella y de Introducción al Derecho de la Universidad Nacional del Sur. Director de Grupos de Investigación sobre “Derecho del Consumidor”, Universidad Nacional del Sur. Realizó su investigación de doctorado (Universidad Complutense de Madrid) y de posdoctorado (Harvard University) sobre el Análisis Económico del Derecho de Daños, en particular, los Daños Punitivos.

(1) LL 17/12/2018, ps. 1, 5.

(2) *Ibidem*.

(3) Informe solicitado por y enviado al profesor Jorge Galdós en 2011 (inédito), para el tratamiento del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

(4) Informe solicitado por y enviado al profesor Martín Hevia en 2012 (inédito), para el tratamiento del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

la procedencia de los daños punitivos debe existir culpa grave o dolo. (5) Sin embargo, en los fundamentos del art. 118 proyectado se expone:

“Siguiendo a la doctrina y la jurisprudencia ampliamente mayoritarias, se establece —en sintonía con lo que preveía el proyecto de Código Civil y Comercial— que la sanción punitiva *solo procede frente al “grave menosprecio” hacia los derechos del consumidor*, lo que implica la necesidad de que se configure un factor subje-

tivo de atribución calificado” [El destacado nos pertenece.]

No obstante, seguidamente se explica:

“*Esto es concorde*, además, con lo que sucede en el derecho comparado. Así, en los Estados Unidos de América se exige que quien pretende “daños punitivos” aporte evidencia clara y convincente en el sentido de que el demandado actuó con dolo, indiferencia o *grave negligencia* respecto del daño que ocasionó (Vetri, Dominick - Levine, Lawrence C. - Vogel, Joan E. - Gassama, Ibrahim J., *Tort law and practice*, Lexis-Nexis, San Francisco, 2011, p. 529; Goldberg, John C. P. - Sebok, Anthony J. - Zipursky, Benjamin C., *Tort law. Responsibilities and redress*, Aspen Publishers, New York, 2008, p. 497). [El destacado nos pertenece.]

Si bien coincidimos con lo indicado en los fundamentos sobre el derecho comparado (se exige —al menos— grave negligencia, o culpa grave), no estamos de acuerdo con lo que se enuncia sobre la doctrina y la jurisprudencia ampliamente mayoritarias (se indica que se exige un “grave menosprecio” hacia los derechos del consumidor, cuando en realidad, entendemos, que se exige “dolo” o “culpa grave”).

Más allá de lo que se expone en los fundamentos, lo cierto es que el art. 118 proyectado exige más que la “culpa grave” para la procedencia de los daños punitivos proyectados, es decir, la acreditación del “dolo”.

Claramente, el “grave menosprecio” que surge del nuevo art. 118 proyectado significa dolo eventual. Según el art. 1724 el Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.): “El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”. Asimismo, en los fundamentos del mencionado Código se señala que “se añade la locución ‘grave indiferencia’ porque de este modo se incluye al dolo eventual”. Por lo expuesto, si grave “indiferencia” (*indiferencia*: “Estado de ánimo en que no se siente inclinación ni repugnancia hacia una persona, objeto o negocio determinado”) (6) se

(5) SC Buenos Aires, 17/10/2018, “Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/nulidad de acto jurídico”, JUBA, Base de Jurisprudencia: <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=163385>; C1ª Civ. y Com., sala 2, Bahía Blanca, 28/8/2014, “Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/nulidad de acto jurídico” (expediente 141.404), LL del 8/10/2014, p. 5; LL Online: AR/JUR/44655/2014. [http://www.dpicuatico.com/wp-content/uploads/2014/10/consumidores\\_jurisprudencia\\_2014\\_10\\_07.pdf](http://www.dpicuatico.com/wp-content/uploads/2014/10/consumidores_jurisprudencia_2014_10_07.pdf); C1ª Civ. y Com., sala 2, Bahía Blanca, 6/10/2016, “Castaño María Alejandra c. Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/daños y perj. incump. contractual (Exc. Estado)”; Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35731&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%20146.984\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35731&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%20146.984).pdf); CCiv. y Com., Necochea, 20/10/2016, “M., Elena c. Nación Seguros SA s/daños y perj. incump. contractual”, expte. 10.548, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35846&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%2010548\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35846&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%2010548).pdf); CCiv. y Com., Necochea “Ajargo, Claudio Esteban c. BBVA Banco Francés SA s/daños y perjuicios”, expte. 10.518), Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, <http://blogs.scba.gov.ar/camaracivilnecochea/files/2016/08/Consumidor.-Informacion-bancaria-erronea.-Tramision-al-sistema-de-base-de-datos.-Da%C3%B1os-punitivos.-Procedencia.pdf>; CCiv. y Com., Necochea, 20/10/2016, “M., Elena c. Nación Seguros SA s/daños y perj. incump. contractual”, expte. 10.548, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35846&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%2010548\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35846&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%2010548).pdf); C8ª Civ. y Com. Córdoba, 14/3/2017, “Martínez, Cristian Darío c. AMX Argentina SA (Claro Argentina) – Abreviado – Otros – Recurso de Apelación”, expte. 2253821/36”, Diario Jurídico de Córdoba, Año 15, nro. 3417 del 2/5/2017; Pensamiento Civil, <http://pensamientocivil.com.ar/fallos/2919-calculo-que-estima-dano-punitivo-llevando-todos-lados-vs-cualquier>; C1ª Civ. y Com., sala 2, Bahía Blanca, 15/8/2017, “Friscale, María Laura contra Telecom Personal SA sobre daños y perjuicios”, expte. 148.485; CCiv., Com., Lab. y Minería, I Circ. Judicial, sala 1, Neuquén, 22/8/2017, “Triemstra Andrés Claudio c. Telmex Argentina SA s/d. yp. derivados de la resp. contractual de particulares”.

(6) Véase *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Real Academia Española, Madrid, 2001. Disponible en <http://buscon.rae.es/drae1/>

entiende como dolo eventual, entonces, grave “menosprecio” (*menosprecio*: “Poco aprecio, poca estimación”, “desprecio (l desdén)”)(7) debe ser entendido como una conducta igual o más reprochable que aquella realizada con dolo eventual. Consiguientemente, para el artículo 118 proyectado, la culpa grave no sería suficiente para la procedencia de los daños punitivos.

Este exigente requisito de admisión de la figura en estudio ha sido explícitamente señalado en la comisión 3 de las *III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros* (Mar del Plata 25, 26 y 27 de octubre de 2012) al referirse a los daños punitivos proyectados (con similar redacción al proyectado art. 118: “grave menosprecio”) en el Proyecto del Cód. Civ. y Com. (art. 1714):

“*En cuanto al dolo*, el Proyecto aclara que no es solo la intención de dañar, sino también la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724), existiendo un *caso concreto de aplicación de esto en materia de daños punitivos* (art. 1714)” (8). [El destacado nos pertenece.]

La exigencia de la prueba del dolo para la admisión de los daños punitivos, en especial en un mercado donde existe información asimétrica (los proveedores poseen información privilegiada —muchas veces inaccesible por sus potenciales víctimas-consumidores— sobre los eventuales riesgos de sus productos) tornaría inaplicable en muchos supuestos (exclusivamente por cuestiones probatorias) la figura en estudio. Recuértese que estamos en una rama del Derecho (el Derecho del Consumidor) en la cual impera la responsabilidad objetiva (art. 40 ley 24.240 o arts. 108 y ss. del ALDC ahora proyectados) donde —por el mismo problema de información asimétrica— no es necesario presentar prueba sobre la subjetividad del agente sindicado como responsable y es el proveedor quien debería acreditar causa ajena para exonerarse de responsabilidad. Por último, sería difícil que un consumidor reclame daños punitivos (que dificulta la actividad probatoria, irroga gastos extras, requiere asesoramiento

legal más costoso y especializado, dilata el procedimiento, aumenta la probabilidad en que el proveedor invierta en una mejor defensa y apele en caso de sentencias adversas) cuando no tiene certeza que, en caso de ganar el juicio, su cuantía sería a su favor (al menos en un porcentaje suficiente).

*Solución propuesta*: se sugiere indicar que se aplicará a quien actúa con *culpa grave o dolo hacia los derechos del consumidor*.

## ***1.2. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada***

Más allá de la excepción del art. 27 del ALDC que exige que el destino de los daños punitivos en caso de “prácticas abusivas” sea al menos parcialmente a favor del consumidor afectado, lo cierto es que según el art. 118 analizado, como regla, el juez decide discrecionalmente el destino que le asignará a los daños punitivos (es decir, podría como regla, nunca asignarlos a favor de los consumidores). Sobre el particular, se explica en los fundamentos del art. 118 proyectado:

Esta solución tiende a dotar de una “*mayor efectividad a la imposición* de la sanción punitiva, pues la regla según la cual la totalidad del importe de los ‘daños punitivos’ del artículo 52 bis de la LDC debe entrar en el patrimonio del consumidor desalienta, muchas veces, la fijación de montos importantes, ante el temor de los jueces de consagrar un *enriquecimiento excesivo* de aquel. Debe remarcarse que de acuerdo a las normas proyectadas la legitimación para pedir la sanción no compete únicamente al consumidor, dado que también puede solicitarla el Ministerio Público o los legitimados para promover acciones de clase, o imponerla el juez de oficio. En consecuencia, para decidir el destino de la sanción el juez debe tener en cuenta —entre otras cosas— *si se ha impuesto de oficio o a pedido de parte, quién fue el legitimado activo que la solicitó, la actuación procesal desplegada por el consumidor, la situación de este último —con especial consideración a los casos de hipervulnerabilidad—, la índole de los intereses afectados, y la naturaleza individual o colectiva de la acción intentada*”. [El destacado nos pertenece] (9).

(7) *Ibidem*.

(8) Véase, entre otros, en <http://www.compromisodiario.com.ar/old/?p=verNoticia&idNoticia=13148>.

(9) LL del 17/12/2018, p. 6.

Claramente, somos conscientes de que una de las principales críticas sostenida contra los daños punitivos, es que la víctima experimentarían un enriquecimiento sin causa, más allá del daño experimentado (en los fundamentos se habla de “enriquecimiento excesivo”). (10) Pero debe recordarse que no nos encontramos dentro del ámbito de la compensación del daño, sino frente a la sanción y prevención de ciertos ilícitos. Dicha función no es ajena al derecho civil y no existe objeción de técnica jurídica para que se pueda destinar una multa civil, en su totalidad, a favor de la víctima (11). Además, dado que estamos ante una cuestión de política legislativa, cuando entró en vigencia la ley 26.636 del 2008 que incorporó el art. 52 bis en la LDC, prescribió que los daños punitivos son destinados al damnificado; así, mal podría hablarse entonces, de enriquecimiento sin causa. Existe una causa legal que lo justifica y, por lo tanto, tampoco se podría repetir dicho importe una vez pagado.

Más allá de que consideramos que no existe fundamento teórico o empírico para temerse sobre este tipo de enriquecimientos o celos infundados subjetivos por parte de los jueces, quienes aplicando su sana crítica deben focalizarse en la cuantía deseable socialmente, para lograr la disuasión de daños (con independencia a quién se beneficia con esa cuantía), enten-

(10) En contra de este argumento, Matilde Zavala de González expresó que “la directiva de evitar el enriquecimiento sin causa de la víctima, se debilita cuando se la enfrenta al enriquecimiento del responsable, a costa del daño inmerecido causado a aquélla. Pues ¿cuál enriquecimiento es más injusto?”.

(11) En la República Argentina, encontramos numerosos ejemplos de condenas más allá del daño ocasionado. Entre otros, los arts. 662 y 666 bis del Código Civil (ley 17.711), el art. 565 del Código de Comercio. Los arts. 45, 525 inc. 2, 528, 551 y 594 del Código Procesal de la Nación. En el despacho aprobado en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1999) en la Comisión X se estableció: “Conclusión N° 1: “...la sanción o punición de ciertos ilícitos contractuales y extracontractuales mediante la imposición de penas privadas no es ajena a nuestro derecho vigente...”. Véase también para el derecho escrito continental europeo SALVADOR CODERCH, Pablo, “Punitive Damages”, en *www.indrEd.com*, 2001, p. 3; SALVADOR CODERCH, Pablo - CASTIÑEIRA PALOU, M. Teresa, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 63-64.

demus, que existen razones reales de peso para preferir que los daños punitivos vayan a favor del consumidor (como ocurre en la mayoría de los estados de EE.UU.). Como explicamos en otra investigación (12), *la función de los daños punitivos es restablecer —a través de una sanción— los incentivos adecuados para disuadir que el dañador especule económicamente con no prevenir un daño esperado (dolo o culpa grave) debido a la insuficiente condena esperada que posee, por daños y perjuicios*. Los daños y perjuicios son insuficientes para disuadir conforme con los niveles de precaución deseables socialmente, en especial, cuando la probabilidad de condena es baja (es decir, verbigracia, cuando existe un inadecuado acceso a la justicia del individuo, imperfecta información disponible a la víctima, débil incentivo para accionar por microdaños individuales, alto costo de oportunidad por iniciar un juicio, etc.).

Por supuesto, los incentivos creados hacia las víctimas para accionar judicialmente, serán mayores en caso de que reciban la cuantía en concepto de daños punitivos. Claramente, si *ex ante* (antes del inicio de la demanda), la víctima no tiene certeza de que, en el caso de ganar el juicio, podría recuperar el dinero invertido para lograr un adecuado acceso a la justicia, la probabilidad de condena contra el dañador decrece. En sentido contrario, cuanto mayor sea la cuantía esperada por parte de la víctima (incluido los daños punitivos), mayor será la probabilidad de condena del dañador, dado que 1) mayor será el margen que tendrá la víctima para llegar a un acuerdo de *cuota litis* —cuando esté permitido— (13) con letrados especialistas en la temática; 2) mayor será el incentivo que tendrá la víctima para invertir tiempo y dinero en pos de estar bien informada y para colaborar en la producción de las pruebas costosas conducentes a la condena adecuada por daños punitivos (problema de información imperfecta); 3) mayor será su incentivo para accionar por microdaños; 4) mayor será la posibilidad de re-

(12) V.gr., en IRIGOYEN TESTA, Matías, “Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, La Ley, Año II, nro. 6, diciembre de 2011, ps. 87-94.

(13) Estos acuerdos de *cuota litis* con los letrados conforman la práctica habitual en el *common law*.



cuperar el costo de oportunidad que posea por iniciar el juicio.

Por último, cuando estamos ante daños sobre bienes irreparables (piénsese en casos de ilícitos contra la vida, la integridad física, la salud, la dignidad, etc.), destinar la cuantía por daños punitivos a favor del damnificado, es procurar obtener una compensación menos imperfecta.

Por todo lo expuesto, realizaremos algunas recomendaciones, que surgen de un trabajo previo (14).

En principio, es aconsejable que como mínimo, un porcentaje se destine a favor de la víctima. Con el fin de crearle incentivos suficientes para que accione judicialmente y colabore en la producción de las pruebas conducentes a la condena por daños punitivos.

Si el importe en cuestión se destina —en todo o en parte— al Estado Nacional, Estado Provincial afectado o Estados Provinciales afectados, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, otras entidades de bien público, o fondos de reparación civil, el juez actuante, al recibir una demanda donde se solicita esta multa civil, deberá de oficio, citar como tercero interesado a quien corresponda. Lo expuesto se fundamenta, en que la víctima acreditará el perjuicio efectivamente sufrido y el factor de atribución que corresponda (responsabilidad objetiva o subjetiva). Mientras tanto, el destinatario legal de la cuantía por daños punitivos, es el interesado en el impulso procesal de las cargas probatorias pertinentes para la procedencia de la condena que estudiamos; es decir —según las circunstancias—, la acreditación de la conducta del dañador con dolo o culpa grave, la baja probabilidad de condena, el monto de gastos evitados y/o del provecho esperado u obtenido por el mismo, etc. Caso contrario, será improbable que el demandante impulse por sí mismo —inspirado por una mo-

tivación altruista— un procedimiento con cargas probatorias de gran complejidad.

Finalmente, se debe tener presente las siguientes particularidades:

A) En caso de haberse producido, entre otros o en forma exclusiva, daños irreparables referentes a intereses individuales de la parte peticionante, esta multa civil disuasiva deber destinarse en su totalidad a favor de la misma;

B) En caso de daños reparables o irreparables colectivos, la misma podría ser destinada, entre otros, a favor del Estado nacional, Estado provincial afectado o Estados Provinciales afectados, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, otras entidades de bien público, o fondos de reparación civil.

Estas ideas fueron recepcionadas y aprobadas mediante dictamen de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, creada por resolución conjunta de ambas Cámaras con fecha 4 de julio de 2012 (OD 636/12 y 531/12) (15):

“La multa civil [daño punitivo] tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada, conforme con las siguientes pautas orientativas: a) según corresponda, como mínimo, un porcentaje deber ir a favor de la parte peticionante, para garantizar que existan incentivos adecuados para que la misma accione y colabore en la etapa probatoria; b) en caso de haberse producido, entre otros o en forma exclusiva, daños irreparables a quien lo peticiona, esta multa civil disuasiva deber destinarse en su totalidad a su favor”.

*Solución propuesta para el art. 118 proyectado:* se sugieren las siguientes dos opciones:

[Opción 1] “Se destina a favor de la parte peticionante”.

(14) IRIGOYEN TESTA, Matías, “Daños punitivos: Análisis económico del derecho y teoría de juegos”, JA 2006-II, número especial sobre “Derecho y Economía”, fasc. nro. 7, Lexis Nexis, mayo de 2006, ps. 36 a 52; JA 2006-II-1024; Lexis 0003/012583.

(15) Véase dictamen de esa Comisión, por parte de la Unión Cívica Radical: <http://www.parlamentario.com/noticia-67770.html>. También: <https://docplayer.es/74924351-Expte-57-pe-12-dictamen-comision-honorable-congreso.html>.

[Opción 2]: “Tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada, conforme con las siguientes pautas orientativas: a) según corresponda, como mínimo, un porcentaje deber ir a favor de la parte peticionante, para garantizar que existan incentivos adecuados para que la misma accione y colabore en la etapa probatoria; b) en caso de haberse producido, entre otros o en forma exclusiva, daños irreparables referentes a intereses individuales de la parte peticionante, esta multa civil disuasiva deber destinarse en su totalidad a su favor.

“El juez actuante, al recibir una demanda donde se solicita esta multa civil disuasiva, debe asignar por resolución fundada el destino que eventualmente tendría. Cuando el mismo sea, total o parcialmente, a favor de al menos una persona distinta que la parte peticionante, aquélla deberá ser citada como tercero interesado en el proceso.”

## II. Otros inconvenientes de la reforma proyectada

### II.1. La nueva denominación: “sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”

Entendemos que el fundamento para cambiar la denominación que usualmente se le da al instituto (traducción literal “daños punitivos” (16) proveniente del término inglés *puni-*

*tive damages*) (17) por “sanción punitiva” según el art. 27 del ALDC (o “sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”, conf. art. 118 del ALDC) se basa en hacer hincapié (a partir de su propia denominación) en que este instituto es extracompenatorio, es decir, más allá de eventuales indemnizaciones por daños que correspondan.

Por otra parte, en los fundamentos del art. 118 proyectado se explica:

“La denominación ‘sanción pecuniaria disuasiva’ que les había dado el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se prestaba a equívocos, porque también podía aplicarse a la indemnización de daños, que es una sanción y, además de resarcir, actúa como incentivo para no causar daños. Por ese motivo resulta pertinente hablar de ‘sanción punitiva’ para hacer referencia a la que se regula en esta sección, dado que la calificación de ‘punitiva’ pone de resalto que se trata de una clase especial de sanción, que tiene por finalidad, precisamente, *castigar al proveedor que obra con notoria despreocupación respecto de los intereses de los consumidores, y al mismo tiempo, prevenir la reiteración futura de ese tipo de conductas*” [El destacado nos pertenece] (18).

La denominación “sanción punitiva” (o “sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”) podría dar lugar a

(16) La denominación “daños punitivos” es una traducción literal de *punitive damages* del *Common Law*. Parte de la doctrina jurídica del derecho continental se ha demostrado resistente a dicha denominación, afirmándose que lo que se pune o sanciona son ciertos ilícitos y no el daño en sí mismo (véase PIZARRO, Ramón D., “Daños Punitivos”, en *Derecho de daños, homenaje al prof. Dr. Félix A. Trigo Represas*, Segunda Parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291). Se han propuesto otros nombres, como ser *indemnizaciones punitivas por daños* (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños, Daños a las personas [integridad espiritual y social]*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 448). Esta denominación, es compatible con las traducciones literales posibles de *punitive damages*. La palabra inglesa *damages* —además de ser el plural de *damage* (daño)— permite la traducción como indemnización; no obstante, el término indemnización puede dar lugar a una confusión conceptual, puesto que los daños punitivos son extra compensatorios y por lo tanto “no indemnizatorios” de daño alguno (véase voz “*damage*”, en *Black’s Law Dictionary*, op. cit., p. 320; asimismo, véase

el diccionario jurídico (español-inglés, inglés-español) *Spanish Law Dictionary*, Diccionario de términos jurídicos, spanish-english, english-spanish (comprehensive coverage 50,000 entries), Team, Peter Collin Publishing, Printed in Finland, WS Bookwell, 2000, p. 145, que traduce el término indemnización (por daños) como “insurance claim or damages”. Véase IRIGOYEN TESTA, Matías, “Daños punitivos: análisis económico del derecho y teoría de juegos”, JA 2006-II, número especial sobre “Derecho y Economía”, fasc. nro. 7, Lexis Nexis, mayo de 2006, ps. 36 a 52; JA 2006-II-1024, Lexis 0003/012583.

(17) En el *common law* también se los denomina “exemplary damages, vindictive damages, punitive damages, presumptive damages, added damages, aggravated damages, speculative damages, imaginary damages, smart damages, punies”. Véase el clásico diccionario de inglés jurídico *Black’s Law Dictionary*, Abridged seventh edition, by Bryan A. Garner, editor in chief West Group, ST. Paul, Minn., Estados Unidos de América, 2000, p. 322.

(18) LL del 17/12/2018, ps. 1, 5.

inconvenientes, debido a dos eventuales interpretaciones que consideramos incorrectas:

*II.1.1. Primera interpretación que consideramos incorrecta:* Este instituto posee naturaleza penal (y no civil). De allí su denominación “sanción punitiva”.

*II.1.2. Segunda interpretación que consideramos incorrecta:* la función principal del instituto es la sanción o punición, con independencia de su función principal de disuasión.

Tal como surge de la jurisprudencia y lo hemos expuesto en otra oportunidad (19), ciertamente, la función que deben cumplir los daños punitivos se puede desdoblar en: una función principal disuasoria y una función accesoria sancionatoria. La primera, función principal, es la disuasión de daños conforme con los estándares deseables socialmente. La segunda, función accesoria, es la sanción de conductas gravemente reprochables; esta función accesoria (sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una multa civil extracompensatoria) sigue la suerte de la principal disuasoria. Es decir, solo se debe sancionar con los daños punitivos (función sancionatoria) cuando necesitemos disuadir de forma extra, luego de aplicar una condena de daños y perjuicios, una conducta gravemente reprochable (con dolo o culpa grave).

*Eventual solución:* Se podría mantener el nombre de “daño punitivo” (denominación conocida por la doctrina y jurisprudencia del Derecho nacional y comprado ya adoptada por el art. 52 bis de la ley 24.240), multa civil (nombre neutro en cuanto a sus funciones, que haría referencia a la naturaleza civil del instituto, adoptado en el Proyecto de 1998 y también por el art. 52 bis de la ley 24.240) o bien, elegir una denominación nueva que otorgue la máxima información sobre su función y naturaleza jurídica (función principal disuasoria, función

accesoria sancionatoria y naturaleza jurídica) “multa civil disuasiva”.

## **II.2. La atribución del juez**

El art. 118 proyectado prescribe: “El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria [daños punitivos]...”. Así, podría haber incertidumbre en la doctrina y jurisprudencia sobre cuándo puede, cuándo no puede y cuándo debe el juez condenar por daños punitivos. En un trabajo previo (20), hemos explicado estos temas con algún detalle:

Entonces, concluimos que el magistrado solo debe condenar al demandado por daños punitivos, cuando este último ha actuado con una grave inconducta (dolo o culpa grave) y la sanción (función accesoria de los daños punitivos) sea necesaria para atender la función principal de esta figura jurídica: disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente. En caso contrario, no puede condenar por daños punitivos.

*Solución propuesta:* se sugiere ser más precisos sobre cuándo el juez debe y cuándo el juez no debe condenar por daños punitivos. Por ejemplo, se podría agregar el siguiente texto: “El juez debe condenar exclusivamente cuando el demandado actúa con culpa grave o dolo y las condenas esperadas por causa de dicho comportamiento, excluyendo esta multa civil peticionada, son insuficientes para disuadir conforme con los estándares deseables socialmente. En caso contrario, no debe condenar”.

## **II.3. Pueden pedirla el consumidor y el Ministerio Público**

A diferencia que el art. 52 bis de la ley 24.240, no se exige que sea un damnificado quien la solicita (consumidor o el Ministerio Público): ¿son procedentes los daños punitivos aún en caso en que no existe un daño? Esto es una cuestión de política legislativa (por ejemplo, actualmente, según la ley 24.240, no se podría imponer daños punitivos por la existencia de cláusulas abusivas —art. 37— que no han provocado daño a

(19) Véase IRIGOYEN TESTA, Matías “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?”, RCyS, La Ley, Buenos Aires, ps. 16 a 26, Año XI, nro. 10, octubre de 2009. Estas ideas que fueron adoptadas por la CNCiv., sala F, 18/11/2009, en el caso caratulado “Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA”. Véase CNCiv., sala F, 18/11/2009, “Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA”, LL 23/12/2009, ps. 10 y ss.

(20) Véase: IRIGOYEN TESTA, “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?”, RCyS 2009-X-16 (documento digital, p. 4).

un damnificado determinado). No está mal no exigir un daño para la procedencia de los daños punitivos, de hecho, en EE.UU., si bien la mayoría de los estados lo exigen, algunos no lo hacen. Esto es una cuestión de política legislativa y ambas posturas son válidas. Sin embargo, considero que esto debería explicarse explícitamente en los fundamentos del proyecto, para evitar futuras exégesis divergentes y, consecuentemente, problemas de inseguridad jurídica.

*Eventual solución:* si efectivamente se decide no exigir un daño para la procedencia de los daños punitivos, debería ser explicada esta situación de forma explícita en los fundamentos de la reforma legislativa.

#### II.4. Cuantía de los daños punitivos

Si bien en el artículo proyectado se están indicando distintas variables a tener en consideración para calcular los daños punitivos, no se explica cómo se deberían interrelacionar entre sí, para arribarse a una cuantía adecuada. Entendemos que podría traer confusión e inseguridad jurídica (por interpretaciones divergentes) sobre cuál debería ser la cuantía deseable socialmente.

Primero, “la gravedad de la conducta del sancionado” (inconveniente que se arrastra del art. 52 bis de la ley 24.240), tiene exclusivamente relación con la *admisibilidad* (culpa grave o dolo) de los daños punitivos, pero no con la *cuantía* de esta figura. Claramente, la cuantía necesaria para disuadir adecuadamente al dañador no tiene correlación con la gravedad de su conducta (dolo directo, dolo indirecto, dolo eventual o culpa grave) sino con la responsabilidad total esperada que es necesaria para que el dañador sea disuadido conforme con los niveles de precaución deseables socialmente (que se relaciona con la suma de la inversión en prevención deseable socialmente dejada de invertir por el dañador, más, según corresponda, los beneficios netos obtenidos por causa de la actividad dañosa), del daño reparable o irreparable provocado, la cuantía del mismo, la probabilidad de que ocurra el daño ocasionado, la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados, la probabilidad de ser condenado por daños

punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria, la eventual existencia de otras condenas firmes pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto del mismo hecho único o complejo que causó la lesión. En otros términos, las variables nombradas precedentemente, no tienen ninguna relación con la gravedad de su conducta (dolo directo, dolo indirecto, dolo eventual o culpa grave)(21).

Segundo, consideramos que referirnos a “la repercusión social de la conducta” es muy ambiguo. Podría haber daños no tolerados socialmente (no justificados), sin gran repercusión social, que requieran, no obstante, cuantías por daños punitivos altas para que inviertan en costosos niveles de precaución deseables socialmente. Y viceversa.

Tercero, entendemos que “el patrimonio del dañador” no debería tenerse en consideración para ponderarse la cuantía adecuada de los daños punitivos. Si bien es cierto que es relevante tener presente el patrimonio del condenado centrándonos exclusivamente en la función de sanción accesoria de los daños punitivos, en consonancia con la conocida teoría económica de la *utilidad creciente marginal decreciente de la renta* (22), también es verdadero que la función sancionatoria es accesoria a la función principal disuasiva de este instituto.

Estas ideas han sido seguidas, entre otros, por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F: “La función principal [de los daños punitivos] es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente (...) La función accesoria de los daños punitivos sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una

(21) Véase IRIGOYEN TESTA, Matías, “Fórmulas para cuantificar los daños punitivos”, JA número especial sobre “Derecho y Economía”, fasc. nro. 13, Abeledo Perrot, marzo de 2011, ps. 83 a 96; SJA 30/3/2011, Lexis 0003/015353.

(22) Es decir, cuando se pretende sancionar a una persona, su patrimonio influye en la aflicción experimentada por medio de la sanción: \$ 10.000 le producen un impacto negativo —aflicción— menor a un “millonario” que a una persona cuyo patrimonio total es de \$ 20.000.

condena en dinero extracompensatoria —la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria— (conf.: Irigoyen Testa, Matías; ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?, publicado en Revista de Responsabilidad civil y Seguros, La Ley, nro. X, octubre de 2009). Véase CNCiv., sala F, 18/11/2009, “Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA”, LL del 23/12/2009, ps. 10 y ss.

En otras palabras, esta función accesoria sancionatoria sigue la suerte de la principal disuasoria (23). Por lo tanto, cuando la indemnización por daños y perjuicios no es suficiente para cumplir con la función de disuasión deseable socialmente, es necesario que los daños punitivos entren en escena para aportar su *función principal preventiva mediante una sanción pecuniaria (función accesoria)*. Finalmente, si la condena exclusiva por daños y perjuicios es idónea para satisfacer la función de disuasión deseable socialmente, entonces, la condena por daños carece de fundamento jurídico conforme con su finalidad principal disuasoria y accesoria sancionatoria que, como indicamos, seguiría la suerte de la principal. (24) Por todo lo expuesto, el patrimonio del dañador no es relevante para determinar la cuantía de los daños punitivos, ya que para lograr la función principal de disuasión de los daños punitivos se debería tener en consideración (sea millonario o pobre) lo siguiente (tal como se enumeró *ut supra*): la responsabilidad total esperada que es necesaria para que el dañador sea disuadido conforme con los niveles de precaución deseables socialmente (que se relaciona con la suma de la inversión en prevención deseable socialmente dejada de invertir por el dañador, más, según corresponda, los beneficios netos

(23) Consideramos que la función sancionatoria de los daños punitivos es diferente a aquella correspondiente a las sanciones penales. Mientras que la primera tiene carácter sancionatorio por el sólo hecho de ser extracompensatoria, la última es una compensación de la culpa del agente, fundada en razones de retribución por el mal cometido; es decir, es una función de justicia tal como lo sostenían sus principales exponentes KANT y HEGEL. Véase MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, ps. 25 y ss.

(24) IRIGOYEN TESTA, loc. cit., 2009 (documento digital, p. 3).

obtenidos por causa de la actividad dañosa), el daño reparable o irreparable provocado, la cuantía del mismo, la probabilidad de que ocurra el daño ocasionado, la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados, la probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria, la eventual la existencia de otras condenas firmes pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto del mismo hecho único o complejo que causó la lesión.

Cuarto, consideramos que no está claro qué significa la “posible existencia de otras sanciones penales o administrativas”. En realidad, si existe “posibilidad” de aquellas sanciones (porque precisamente la conducta es muy grave: verbigracia, hecho ilícito con dolo) pero, luego, por cualquier circunstancia (falta de prueba, falta de ajuste en el tipo penal, aplicación de principios y garantías del Derecho criminal, prescripción, caducidad de instancia, etc.) aquellas sanciones no son efectivamente aplicadas, en principio, los daños punitivos (que fueron infravalorados por aquella “posibilidad”) no cumplirían su función principal de disuasión. En consecuencia, eventualmente, solo podría tenerse efectivamente en cuenta otras condenas *firμες* pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto del mismo hecho único o complejo que causó la lesión.

*Solución propuesta:* se sugiere tener en consideración al Derecho Comparado, en particular el Código Civil de Québec (art. 1621) el cual indica, en su parte pertinente: “Cuando la concesión de daños punitivos es prevista por ley, el monto de dichos daños no pueden exceder aquello que es suficiente para cumplir con sus propósitos preventivos...” (25) y los distintos congresos internacionales sobre la materia, por ejemplo, en el reciente III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, celebrado en septiembre de 2010 en la

(25) La traducción nos pertenece; véase el Código Civil de Québec, art. 1621: “Where the awarding of punitive damages is provided for by law, the amount of such damages may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose...”, *Code civil du Québec - Civil Code of Québec*, ed. 2009-2010, Publications du Québec, Québec, 2009.

Universidad de Buenos Aires (organizado conjuntamente con la Universidad de Cantabria), en la Comisión Nro. 5, se aprobó (*de lege lata*) por unanimidad que: “la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión.”

Sin embargo, si por cualquier motivo se considera deseable enumerar las variables relevantes para el cálculo de los daños punitivos (cuestión que no necesariamente consideramos apropiado puesto que salvo que se utilice una fórmula matemática uniforme, estas variables darían distintas cuantías según cómo se las relacione entre sí: dividiendo, multiplicando, sumando, restando, etc.), (26) se podría realizar

(26) Véase SC Buenos Aires, 17/10/2018, “Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/nulidad de acto jurídico”, JUBA, Base de Jurisprudencia: <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=163385>; C1ª Civ. y Com., sala 2, Bahía Blanca, 28/8/2014, “Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/nulidad de acto jurídico”, expte. 141.404, LL 8/10/2014, p. 5; LL Online AR/JUR/44655/2014; [http://www.dpicuatico.com/wp-content/uploads/2014/10/consumidores\\_jurisprudencia\\_2014\\_10\\_07.pdf](http://www.dpicuatico.com/wp-content/uploads/2014/10/consumidores_jurisprudencia_2014_10_07.pdf); C1ª Civ. y Com., sala 2, Bahía Blanca, 6/10/2016, “Castaño María Alejandra c. Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/daños y perj. incump. contractual (Exc. Estado)”, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35731&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%20146.984\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35731&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%20146.984).pdf); CCiv. y Com., Necochea, 20/10/2016, “M., Elena c. Nación Seguros S.A.S/daños y perj. incump. contractual”, expte. 10.548; Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35846&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%2010548\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35846&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%2010548).pdf); CCiv. y Com., Necochea, “Ajargo, Claudio Esteban c. BBVA Banco Francés SA s/daños y perjuicios”, expte. 10518), Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, <http://blogs.scba.gov.ar/camaracivilnecochea/files/2016/08/Consumidor.-Informacion-bancaria-erronea.-Tranmission-al-sistema-de-base-de-datos.-Da%C3%B1os-moral.-Da%C3%B1os-Punitivos.-Procedencia.pdf>; CCiv. y Com., Necochea, 20/10/2016, “M., Elena c. Nación Seguros SA s/daños y perj. incump. contractual”, expte. 10.548, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35846&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%2010548\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=35846&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%2010548).pdf); C8ª Civ. y Com., Córdoba, 14/3/2017, “Martínez, Cristian Darío c. AMX Argentina SA (Claro argentina) – Abreviado – Otros – Recurso de apelación”, expte. 2253821/36”, Diario Jurídico de Córdoba, Año 15, nro. 3417 del 2/5/2017; Pensamiento Civil, <http://pensamientocivil.com.ar/fallos/2919-calculo-que-estima-dano-punitivo-llevalo-todos-lados-vs-cualquier>; C1ª Civ. y Com., sala 2, Bahía Blan-

de esta manera (conforme con el cumplimiento de la función principal de disuasión de los daños punitivos): “Para este objetivo, se podrán tener en consideración, las siguientes variables, según correspondan: la responsabilidad total esperada que es necesaria para disuadir conforme con los estándares deseables socialmente; la inversión en prevención deseable socialmente dejada de invertir por el demandado; los beneficios netos obtenidos por causa de la actividad ilícita; la existencia o no de daños irreparables; la indemnización establecida por daños; la probabilidad de ser condenado por daños; según corresponda, la probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria; la existencia de otras condenas firmes pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto del mismo hecho único o complejo que causó la lesión”.

## II.5. Tope máximo

El artículo proyectado prescribe un tope máximo para los daños punitivos. Consideramos que el art. 118 proyectado incurre en similar defecto del actual art. 52 bis de la LDC, donde se incluye un tope máximo (ahora un tope variable, pero tope al fin). Consideramos que debería aprovecharse esta oportunidad legislativa, para derogar el tope de los daños punitivos, que no posee fundamento teórico alguno (27), tal como se ha propuesto en el Anteproyecto del Cód. Civ. y Com. (en 2012 y también en 1998) y se ha resuelto de forma unánime en conclusiones de diferentes congresos sobre la materia. Sobre el particular, por ejemplo, en el *III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores* (Buenos Aires, 2010) se resolvió: “Se propone derogar el tope máximo [de los daños punitivos].” Siguiendo

ca, 15/8/2017, “Friscale, María Laura c. Telecom Personal SA s/daños y perjuicios” (expte. 148.485); CCiv., Com., Lab. y Minería, I Circ. Judicial, sala 1, Neuquén, 22/8/2017, “Triemstra Andrés Claudio c. Telmex Argentina SA s/d. y p. derivados de la resp. contractual de particulares”. Véase IRIGOYEN TESTA, Matías, “Fórmulas para cuantificar los daños punitivos”, JA número especial sobre “Derecho y Economía”, fasc. N° 13, Abeledo Perrot, marzo de 2011, ps. 83 a 96; SJA 30/3/2011, Lexis 0003/015353.

(27) IRIGOYEN TESTA, Matías, “Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de La Empresa*, La Ley, Año II, nro. 6, diciembre de 2011, ps. 87-94.

lo que ya se había resuelto un año antes en las *Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Córdoba* (septiembre de 2009) y las *Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral* (Junín, 2009): “El tope previsto en el art. 52 bis resulta inapropiado a los fines del cumplimiento del fin perseguido por la norma.”

*Solución propuesta:* se sugiere, nuevamente, tener en consideración al Derecho Comparado, en particular el Código Civil de Québec (art. 1621) el cual indica, en su parte pertinente: “Cuando la concesión de daños punitivos es prevista por ley, el monto de dichos daños no pueden exceder aquello que es suficiente para cumplir con sus propósitos preventivos...” (28) y los distintos congresos internacionales sobre la materia, por ejemplo, en el mencionado III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, celebrado en septiembre de 2010 en la Universidad de Buenos Aires (organizado conjuntamente con la Universidad de Cantabria), en la Comisión N° 5, se aprobó también (*de lege lata*) por unanimidad que “la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión”.

[Opción 1] “El monto de esta multa civil disuasoria no debe ser inferior ni exceder la cuantía monetaria necesaria para cumplir con su finalidad disuasiva”.

[Aclaración de la opción 1, que podrían incluirse en los fundamentos de la reforma proyectada] Por lo tanto, el juez, en la ponderación de la misma debería tener presente la existencia de otras condenas firmes pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto del mismo hecho, para que la cuantía por daños punitivos no exceda *aquello que es suficiente para cumplir con sus propósitos preventivos*.

Sin embargo, tal como ya se explicó, si por cualquier motivo se considera deseable enumerar las variables relevantes para el cálculo de

los daños punitivos (cuestión que no necesariamente considero apropiado puesto que salvo que se utilice una fórmula matemática uniforme, estas variables darían distintas cuantías según cómo se las relacione entre sí: dividiendo, multiplicando, sumando, restando, etc.) (29), se podría realizar de esta manera (conforme con el cumplimiento de la función principal de disuasión de los daños punitivos):

[Opción 2] “Para este objetivo, se podrán tener en consideración, las siguientes variables, según correspondan: la responsabilidad total esperada que es necesaria para disuadir conforme con los estándares deseables socialmente; la inversión en prevención deseable socialmente dejada de invertir por el demandado; los beneficios netos obtenidos por causa de la actividad ilícita; la existencia o no de daños irreparables; la indemnización establecida por daños; la probabilidad de ser condenado por daños; según corresponda, la probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria; *la existencia de otras condenas firmes pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto del mismo hecho único o complejo que causa la lesión*”.

## II.6. La transacción de los daños punitivos

Tal como hemos expuesto en otros trabajos, coincidimos en que es conveniente que el seguro de los daños punitivos esté explícitamente prohibido (tal como prescribe ahora el art. 118 proyectado), pero también esté prohibida su transacción. Claramente, la transacción por un importe menor que aquella necesaria para disuadir conforme con los estándares sociales, impediría el cumplimiento de la función disuasiva de los daños punitivos (30).

Consecuentemente, se propone el reemplazo del último inciso (5) del artículo proyectado, por el siguiente:

(28) La traducción nos pertenece; véase el Código Civil de Québec, art. 1621: “Where the awarding of punitive damages is provided for by law, the amount of such damages may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose...”, *Code civil du Québec - Civil Code of Québec*, ed. 2009-2010, Publications du Québec, Québec, 2009.

(29) Véase nota 13 del presente documento.

(30) Tema tratado en el libro, actualmente en elaboración, IRIGOYEN TESTA, Matías, *Economic analysis of punitive damages - Análisis Económico de los daños punitivos* (inglés-castellano). Publicaciones de la Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid, España.

“La transacción y el seguro de los daños punitivos están prohibidos y se tendrán por no convenientes”.

### III. Conclusión: nueva redacción sugerida para el art. 118 proyectado

En conclusión, por los argumentos expuestos en este informe, se propone el siguiente artículo (art. 118), tal como fuera oportunamente informado para tenerse en cuenta en los debates parlamentarios del Anteproyecto (2011) y del Proyecto (2012) del Cód. Civ. y Com. y leyes complementarias:

“Multa civil disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, una multa civil disuasiva a quien actúa contra derechos del consumidor.

“La finalidad de esta multa es disuadir conforme con los niveles de precaución de daños deseables socialmente. Esta finalidad se cumple a través de una sanción civil pecuniaria extracompensatoria.

“El juez debe condenar exclusivamente cuando el demandado actúa con culpa grave o dolo y las condenas esperadas por causa de dicho comportamiento, excluyendo esta multa civil peticionada, son insuficientes para disuadir conforme con los estándares deseables socialmente. En caso contrario, no debe condenar”.

[Opción A.1] “El monto de esta multa civil disuasoria no debe ser inferior ni exceder la cuantía monetaria necesaria para cumplir con su finalidad disuasiva”.

[Opción B.1] “Esta multa civil disuasiva se destina a favor de la parte peticionante”.

La transacción y el seguro de esta multa civil disuasiva están prohibidos y se tendrán por no convenientes.

[Opción A.2] El monto de esta multa civil disuasoria no debe ser inferior ni exceder la cuan-

tía monetaria necesaria para cumplir con su finalidad disuasiva.

Para este objetivo, se podrán tener en consideración, las siguientes variables, según correspondan: la responsabilidad total esperada que es necesaria para disuadir conforme con los estándares deseables socialmente; la inversión en prevención deseable socialmente dejada de invertir por el demandado; los beneficios netos obtenidos por causa de la actividad ilícita; la existencia o no de daños irreparables; la indemnización establecida por daños; la probabilidad de ser condenado por daños; según corresponda, la probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria; la existencia de otras condenas firmes pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto del mismo hecho único o complejo que causó la lesión.

[Opción B.2]: La multa civil tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada, conforme con las siguientes pautas orientativas: a) según corresponda, como mínimo, un porcentaje deber ir a favor de la parte peticionante, para garantizar que existan incentivos adecuados para que la misma accione y colabore en la etapa probatoria; b) en caso de haberse producido, entre otros o en forma exclusiva, daños irreparables a quien lo peticiona, esta multa civil disuasiva deber destinarse en su totalidad a su favor.

El juez actuante, al recibir una demanda donde se solicita esta multa civil disuasoria, debe asignar por resolución fundada el destino que eventualmente tendría. Cuando el mismo sea, total o parcialmente, a favor de al menos una persona distinta que la parte peticionante, aquella deberá ser citada como tercero interesado en el proceso.

La transacción y el seguro de esta multa civil disuasiva están prohibidos y se tendrán por no convenientes.



**POLÍTICAS DE PROTECCIÓN  
AL CONSUMIDOR Y  
DISEÑO INSTITUCIONAL**  
.....



# Políticas públicas de protección de los consumidores y usuarios (y su recepción en el reciente Anteproyecto de Ley)

---

ANDRÉS F. VARIZAT (\*)

## I. Introducción

En el presente trabajo realizaremos un breve análisis de las denominada *políticas públicas* de protección de los consumidores y usuarios, y su recepción en el “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor” cuya elaboración fuera solicitada por las autoridades públicas nacionales con competencia en la materia, a una Comisión de juristas designada al efecto que finalizó su tarea a fines del año 2018.

En el citado Anteproyecto, esta temática se halla regulada dentro del capítulo referido a “Política de protección al consumidor (arts. 29 a 34)” el cual guarda una estrecha relación con los capítulos incluidos en el título V (diseño institucional) en especial con las autoridades administrativas y judiciales que aplican las normas de derecho del consumidor.

## II. Las políticas públicas

Lo referente a políticas públicas es un tema vinculado a la actuación del Estado y los orga-

nismos públicos que ha sido estudiado y profundizado en el ámbito de las ciencias sociales en general. En torno a esta cuestión convergen diferentes disciplinas tales como la ciencia política, la economía, la gestión y administración pública, la sociología entre otras. Existe una amplia bibliografía sobre este tema (1).

Es indudable que en materia de políticas públicas se presentan diferentes aspectos de importancia que podrían abordarse. Pero teniendo en cuenta las finalidades del presente texto, nos limitaremos a señalar algunas nociones que consideramos de importancia para contar con una base conceptual mínima que permita desarrollar el tema en el ámbito del derecho de los consumidores y usuarios.

---

(1) A modo de ejemplo: SUBIRATS, Joan, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1994; TAMAYO SAEZ, Manuel “El análisis de las políticas públicas” en *La Nueva Administración Pública*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, ps. 281 y ss.; AGUILAR ASTORGA, Carlos - LIMA FACIO, Marco, “¿Qué son y para qué sirven las Políticas Públicas?”, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, septiembre 2009, [www.eumed.net/rev/cccss/05/aalf.htm](http://www.eumed.net/rev/cccss/05/aalf.htm); MULLER, Pierre, *Las Políticas Públicas*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002; JAIME, Fernando M.- DUFOUR, Gustavo - JAIME, Gustavo - ALESSANDRO, Martín - AMAYA, Paula, *Introducción al análisis de políticas públicas*, Universidad Nacional Arturo Jauretche, 2013; TORRES MELO, Jaime - SANTANDER, Jairo, *Introducción a las políticas públicas*, Iemp ediciones, Bogotá, Colombia 2013. También resulta importante en este tema la revista *Estado y Políticas Públicas* editada desde el año 2013 por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso).

---

(\*) Ex director general de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial de la Provincia de Córdoba. Ex director general de Regulación de Servicios Públicos de la Provincia de Córdoba. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesor de las materias Derecho Privado II (Obligaciones) y Derecho del Consumidor y del Usuario, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Ex director de la Sala de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogados de la ciudad de Córdoba.

**II.1. Concepto:** ¿En qué consisten las políticas públicas? En términos generales, se trata de *programas de actuación que se planifican, ejecutan y gestionan desde el estado frente a problemas, necesidades o demandas sociales*. Surgen como una respuesta a una situación que se considera un problema de *interés público*, lo cual justifica el empleo de recursos del estado para resolverlo.

En términos más amplios se las ha definido como un “conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios” (2).

Resta agregar que resulta indudable que en tales objetivos, decisiones y acciones influyen múltiples factores como el sistema político, las concepciones políticas y sociales que tengan quienes conducen el estado, las costumbres y tradiciones de cada nación entre otros.

**II.2. Características:** Una política pública presenta las siguientes características:

- Un contenido: ya que asigna recursos de todo tipo para generar ciertos resultados o productos.
- Un programa: una política pública no se reduce a un acto o decisión considerado aisladamente, sino que detrás de cada acto existe un marco de referencia que integra y da coherencia a tales actos o actividades.
- Una orientación normativa: la política pública no resulta de respuestas aleatorias, carentes de sentido o direccionalidad, sino que expresa las finalidades y preferencias de quien la instrumenta.

- Un factor de coerción: toda política pública procede de una autoridad gubernamental legítimamente investida, dotada de los recursos de coerción necesarios para imponer las decisiones de política adoptadas.

- Una competencia social: las políticas públicas se dirigen hacia determinados grupos o poblaciones, y buscan modificar sus comportamientos, afectar sus intereses o mo-

dificar los contextos en los cuales estos se desenvuelven (3).

**II.3. Ciclo de construcción de políticas públicas:** Existe coincidencia en que las políticas públicas se llevan delante de acuerdo a un ciclo de construcción o “método” que identifica distintas fases secuenciales o etapas que son las siguientes:

- a) Identificación del problema público o de interés público.
- b) Individualización de distintas alternativas para solucionarlo.
- c) Toma de decisión por una de las alternativas.
- d) Implementación o proceso de aplicación práctica.
- e) Evaluación de resultados (4).

En síntesis, en toda política pública pueden identificarse tres fases básicas: formulación, implementación y evaluación. Se trata en definitiva de un conjunto de decisiones y de acciones orientadas a influir sobre el problema.

**II.4. Actores relevantes en el proceso de formación:** En la formación de las políticas públicas intervienen distintos sujetos tales como el poder ejecutivo que ejerce el gobierno, los ciudadanos, la opinión pública, los partidos políticos, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, las organizaciones intermedias (sociales, educativas, deportivas, sindicatos, etc.) en las cuales el ciudadano actúa en forma autónoma en defensa de sus intereses específicos, entre otros (5).

(3) JAIME, Fernando M. - DUFOUR, Gustavo - JAIME, Gustavo - ALESSANDRO, Martín - AMAYA, Paula, *Introducción al análisis de políticas públicas*, cit., p. 59.

(4) SUBIRATS, Joan, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, cit., p. 47 y ss.; TAMAYO SAEZ, Manuel “El análisis de las políticas públicas”, cit., ps. 282 y ss.; MULLER, Pierre, *Las Políticas Públicas*, cit., p. 58; JAIME, Fernando M. - DUFOUR, Gustavo - JAIME, Gustavo - ALESSANDRO, Martín - AMAYA, Paula, *Introducción al análisis de políticas públicas*, cit., p. 85 y ss.; TORRES MELO, Jaime - SANTANDER, Jairo, *Introducción a las políticas públicas*, cit., ps. 62 y ss.

(5) SUBIRATS, Joan, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, cit., p. 22.

(2) TAMAYO SAEZ, Manuel “El análisis de las políticas públicas”, cit., p. 281.

**II.5. Clasificación:** Existen numerosas formas de clasificar las políticas públicas. Una clasificación general las divide en políticas sociales (educación, vivienda), económicas (cambiarias, tributarias), de administración (presupuestaria, de gestión financiera), etc. También existe una clasificación temática dentro de la cual pueden distinguirse *políticas de educación, políticas para el ámbito judicial, políticas para la niñez, políticas de salud*, etc. Pero seguramente el criterio de clasificación más importante es el funcional, siendo uno de los más conocidos el formulado por el politólogo Theodore Lowi (1931-1917) quien distingue cuatro grandes clases de políticas públicas: distributivas, redistributivas, regulatorias y constituyentes.

- **Distributivas:** Asignan autorizaciones o recursos a sujetos o casos particulares individualizados que deben cumplir ciertos requisitos. Por lo general se relacionan con los servicios públicos domiciliarios (energía eléctrica, gas, agua corriente) y otros servicios básicos como salud, educación y seguridad. Un ejemplo son los “subsidios” (diferencia entre precio real del bien y el precio que el consumidor paga por el mismo), una medida destinada a hacer más accesibles ciertos bienes o servicios a los ciudadanos. En este caso la posibilidad de coerción y de conflictos con otros actores sociales es reducida.

- **Redistributivas:** Transfieren recursos de determinados grupos sociales, regiones o países a otros. Su finalidad es lograr una mejor distribución del ingreso o revertir situaciones de pobreza o vulnerabilidad. Algunos ejemplos tomados de nuestro país son las *retenciones* a las exportaciones agrícolas o la participación del estado como socio accionista en empresas privadas. La finalidad de estas medidas es captar una *renta* que luego se destina a fines sociales como la asignación universal por hijo, la seguridad social o el sistema de pensiones que dan acceso a determinados beneficios. En comparación con el caso anterior, las políticas redistributivas suelen crear situaciones con mayor conflictividad entre los distintos actores sociales debido a que los intereses de cada grupo social entran en conflicto con otros, y dichos conflictos se relacionan con aspectos sensibles como el derecho de propiedad y el prestigio social. En este caso la posibilidad de coerción y de conflictos es mayor.

- **Regulatorias o reglamentarias:** Son aquellas orientadas a lograr la realización de determinadas conductas. El énfasis está aquí en un enfoque conductual de las decisiones de los sujetos por tal motivo exigen el dictado de normas orientadas hacia dicho fin. Estas políticas pueden tener por destinatarios: a) A las personas físicas, tal es el caso de la regulación de las obras privadas urbanas o el tránsito vehicular que frente a los accidentes y caos vehicular promueve y sanciona conductas). b) A las empresas, pudiendo mencionarse en este caso los marcos reguladores de servicios públicos de las empresas privatizadas, las leyes de defensa de la competencia y lealtad comercial o las distintas normas de protección de los consumidores y usuarios.

En este caso el Estado obliga o prohíbe y por lo tanto la coerción debe ser máxima. También es elevada la posibilidad de conflictos ya que las libertades individuales y las relativas al comercio sufren un grado variable de limitaciones, existiendo grupos sociales con intereses exclusivos y contrapuestos entre sí en torno de una misma cuestión.

- **Constituyentes:** Se trata de políticas públicas que modifican la organización misma del Estado y de la autoridad pública. Establecen reglas de distribución de poderes en el entorno social y generan procedimientos para la adopción de decisiones. Algunos ejemplos son reforma de la Constitución de un país, la introducción de reformas institucionales o administrativas o la creación de organismos públicos (p. ej., un Ministerio), las políticas que promueven la descentralización o la separación de poderes. Por lo general no modifican en forma inmediata la vida diaria de los ciudadanos (suelen hacerlo a largo plazo).

### III. Políticas públicas en el derecho del consumidor

Sobre la base de los conceptos anteriores resulta oportuno indagar que clases o tipos de políticas públicas preponderan en el derecho del consumidor.

En primer término, cabe señalar que las *políticas regulatorias o reglamentarias* son las que presentan mayor grado de desarrollo en el ámbito del derecho de los consumidores y

usuarios, ya que este último se propone regular de un modo más adecuado los modernos problemas del mercado de consumo imponiendo determinadas *conductas* a los proveedores que actúan en el mismo. La atribución de nuevos efectos jurídicos de la publicidad, el replanteamiento de las teorías clásicas de la oferta y el consentimiento contractual, la imposición de nuevas exigencias de forma contractual, la imposición de nuevas obligaciones a cargo de las empresas (información, seguridad), etc., se orientan con dicho fin.

Pero también existen políticas públicas *distributivas* y *redistributivas* establecidas en favor de consumidores y usuarios. Veamos algunos ejemplos:

- El beneficio de justicia gratuita (art. 53, 4º párr., LDC 24.240), desde la óptica del presente análisis, no es otra cosa que una *política pública distributiva* (subsidio) cuya finalidad es facilitar al consumidor el ejercicio de sus derechos en el ámbito del Poder Judicial.
- El daño directo (art. 40 bis, LDC 24.240) se trata de una *política pública redistributiva*, ya que tiene por finalidad transferir recursos desde los proveedores que causan daños susceptibles de apreciación pecuniaria hacia los consumidores que sufren tales daños con una doble finalidad resarcitoria y también preventiva.
- La indemnización a favor del usuario de servicios públicos domiciliarios de un crédito equivalente al 25% del importe cobrado o reclamado indebidamente (art. 31, 5º párr., LDC 24.240). Se trata de otra *política redistributiva* cuyo fin es transferir recursos desde las empresas prestadoras de los servicios referidos hacia los usuarios con una finalidad resarcitoria.

Cabe señalar finalmente, que en el derecho del consumidor también se verifican políticas públicas *constituyentes*. Consideramos que puede incluirse en esta categoría la reforma Constitucional del año 1994 que recibió distintos derechos e instituciones en los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional modificando el estado de cosas existente hasta ese momento. Otro ejemplo son las políticas de descentralización del poder de policía en materia de derechos de los consumidores y usuarios hacia los municipios llevadas a cabo por distintas provincias.

#### **IV. Breve descripción y valoración de las políticas públicas contenidas en el Anteproyecto**

El ya referido Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, regula lo referente a políticas públicas bajo el título “Política de protección al consumidor” (arts. 29 a 34). Estrechamente relacionado a lo anterior es lo referente a “Autoridad nacional de aplicación” (arts. 124 a 139).

##### **IV.1. Política de protección al consumidor**

En el capítulo 2 del título I (arts. 29 a 34) del Anteproyecto que venimos considerando, bajo el título antes referido, se enumeran una serie de lineamientos que pueden sintetizarse del siguiente modo:

- Deberes de la administración pública, en donde se establece una obligación genérica de protección de los derechos de los consumidores y usuarios a cargo de los funcionarios y empleados públicos. A continuación, como objeto de protección, se enumeran una serie de derechos idénticos a los reconocidos en el art. 42 de la Constitución Nacional (art. 29).
- Políticas de defensa del consumidor: señalando que las autoridades deberán formular y fortalecer una política enérgica de protección del consumidor, estableciendo el deber de establecer una infraestructura adecuada (art. 30).
- Políticas de acceso a tecnologías de información, comunicaciones y de protección en el *e-commerce*: La norma citada (art. 30, 2º párr.) también incluye la obligación de las autoridades de promover y facilitar el acceso a tecnologías de la información y de las comunicaciones y de formular políticas transparentes y eficaces de protección del consumidor en el ámbito del comercio electrónico.
- Obligación de implementar programas especiales (defensa, educación, información) y políticas activas destinadas a consumidores en situación desventajosa (art. 31).
- Políticas sobre derechos económicos, sociales y culturales: donde se señala la obligación de las autoridades de tomar medidas apropiadas para promover su efectividad y mejora continua de las condiciones de existencia (art. 32).

- Educación del consumidor (art. 33).
- Formación del consumidor (art. 34).

#### IV.1.1. Valoración

Los lineamientos que hemos reseñado ponen de manifiesto la intención de mejorar el estado actual de los consumidores y usuarios, anhelo que, sin duda, compartimos. Sin perjuicio de ello, y considerando que las políticas públicas consisten en objetivos, decisiones y acciones en las que influyen múltiples factores, existen algunas cuestiones que consideramos deben ser necesariamente consideradas.

- Criterios seguidos para identificar cuáles son los *problemas de interés público*: Hemos señalado anteriormente, que el primer paso en el método o ciclo de construcción de una política pública es la identificación del *problema de interés público* como paso previo a la individuación de distintas alternativas para solucionarlo. ¿Cuáles han sido los criterios seguidos en el Anteproyecto para identificar dichos problemas de interés público?

En los fundamentos del Anteproyecto que venimos considerando surge que se han tomado en consideración la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos, el Código Civil y Comercial de la Nación y otras leyes nacionales; las Directrices de la ONU para la protección del Consumidor; las normas desarrolladas en el ámbito del Mercosur y la Unión Europea; el derecho comparado de consumo y la doctrina judicial en particular la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina autorral incluyendo las recomendaciones o conclusiones de Congresos y Jornadas a nivel nacional.

Indudablemente que los criterios anteriormente enumerados constituyen parámetros válidos y que deben ser tomados en cuenta. Pero en los tiempos que corren, existiendo más de 20 años de experiencias “prácticas” derivadas de la aplicación de normas tales como la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios 24.240 y el art. 42 de la CN, no puede prescindirse de los datos “duros” obtenidos de relevamientos y trabajos de campo y las estadísticas elaboradas en base a los mismos, para identificar los problemas prioritarios de los consumidores y usuarios que deben solucionarse a través de

políticas públicas. Tales datos proporcionan puntos de partida mejor adaptados a la realidad práctica respecto a los problemas concretos de los consumidores. No considerar este aspecto puede conducir a la elaboración de una política pública equivocada, y en algunos casos, a una incorrecta asignación de recursos públicos.

- *La importancia de los relevamientos, trabajos de campo y criterios estadísticos*: A modo de ejemplo de lo anteriormente expuesto. El rubro que históricamente registra el mayor número de consultas y de reclamos en las autoridades de aplicación administrativas de todo el país es el relativo a servicios de comunicaciones que incluye servicios de telefonía fija y celular, servicios de acceso a internet y otros servicios relacionados como TV satelital y servicio técnico relacionado al mismo. Es importante destacar que solo este rubro ha llegado a concentrar, en algunos períodos, el 40 al 50% o más del total de las consultas o reclamos mensuales realizados por consumidores o usuarios(6). Estos datos coinciden en términos generales con los de otras provincias del país e incluso coinciden con los informes anuales (síntesis de gestión) elaborados por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor correspondientes a los años 2017 (7) y 2018 (8).

---

(6) Datos provenientes de relevamiento de consultas y reclamos mensuales realizado por consumidores en la autoridad de aplicación administrativa de defensa del consumidor de la provincia de Córdoba (Dirección General de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial) realizados a partir del año 2014 en adelante.

(7) Síntesis de gestión correspondiente al año 2017 de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor [www.argentina.gob.ar/defensadelconsumidor](http://www.argentina.gob.ar/defensadelconsumidor) En la página 13 de dicho informe se hallan los datos estadísticos (sistema unificado denominado “ventanilla federal única”). Allí puede observarse que el rubro con mayor cantidad de reclamos o conflictividad es *servicios de comunicaciones* (27%) a lo que hay que sumar *equipos de telefonía y redes* (5%) que se halla diferenciado, pero pertenece al mismo rubro. En la página 15 del mismo informe se hallan las estadísticas del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC). Allí se repiten similares indicadores. Servicios de comunicaciones es el rubro con mayor cantidad de denuncias o reclamos (34%) y también se incluye telefonía y redes (10%) que en realidad pertenece al mismo rubro.

(8) Síntesis de gestión correspondiente al año 2018 de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor. En la página 8 se hallan los datos estadísticos (sistema unifi-

Por su parte el comercio electrónico (*e-commerce*), es un rubro que, si bien verifica un número importante y creciente de transacciones, presenta un muy reducido porcentaje conflictividad. En efecto, en este caso el porcentaje de consultas y reclamos realizados por consumidores oscila alrededor del 1% (o cifra similar) del total receptado por las autoridades administrativas de aplicación (9). Esta información coincide en términos generales con los de otras provincias del país y también resulta coincidente con los informes anuales (síntesis de gestión) elaborados por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor correspondientes a los años 2017 (10) y 2018 (11). En síntesis, el comercio electrónico es un rubro con muy baja

cado denominado “ventanilla federal única”). El rubro con mayor cantidad de reclamos o conflictividad es el mismo que el año anterior: *servicios de comunicaciones* (25%) a lo que hay que sumar *equipos de telefonía* (3%) que se halla diferenciado, pero pertenece al mismo rubro. En la página 10 del mismo informe se hallan las estadísticas del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC). Allí se repiten similares indicadores. Servicios de comunicaciones es el rubro con mayor cantidad de denuncias o reclamos (40%) y también se incluye equipos de telefonía (10%) que pertenece al mismo rubro.

(9) Datos provenientes de relevamiento de consultas y reclamos mensuales realizado por consumidores en la autoridad de aplicación administrativa de defensa del consumidor de la provincia de Córdoba (Dirección General de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial) realizados a partir del año 2014 en adelante.

(10) Síntesis de gestión 2017 de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor [www.argentina.gob.ar/defensadelconsumidor](http://www.argentina.gob.ar/defensadelconsumidor) En la página 13 se hallan los datos estadísticos (sistema unificado denominado “ventanilla federal única”). No figura el Comercio electrónico en esa estadística. En la página 15 del mismo informe se hallan las estadísticas del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC). El rubro comercio electrónico no figura en los primeros 10 lugares de la referida estadística.

(11) Síntesis de gestión 2018 de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor. En la página 8 se hallan los datos estadísticos (sistema unificado denominado “ventanilla única”). Al igual que en la estadística del año anterior, el comercio electrónico no figura en la estadística correspondiente al año 2018. En la página 10 del mismo informe se hallan las estadísticas del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC). Allí se repiten similares indicadores. Servicios de comunicaciones es el rubro con mayor cantidad de denuncias o reclamos (40%) y también se incluye equipos de telefonía (10%) que pertenece al mismo rubro. Tampoco figura en este caso el comercio electrónico en los primeros 10 lugares de este último relevamiento.

incidencia en las consultas y reclamos que realizan los consumidores argentinos.

Pese a la existencia de estos indicadores el Anteproyecto no prevé ninguna solución, ni norma alguna, destinada a regular el rubro relativo a comercialización de servicios de comunicaciones que históricamente encabeza el ranking de reclamos en las autoridades de aplicación de todo el país. Pero el Anteproyecto sí incluye consideraciones puntuales respecto a la necesidad de regular el Comercio Electrónico (ver Fundamentos del Proyecto, ítem II.2, “La necesidad de contar con nuevas reglas del Comercio Electrónico”) estableciendo asimismo una regulación específica destinando varias normas a regular dicho rubro (arts. 71 a 76).

Es evidente que, en este caso, a los fines de identificar el problema de interés público, no se han tomado en consideración los datos de la realidad en la que se encuentran los consumidores argentinos, sino otros criterios como las Directrices de la ONU versión 2016 que señalan al comercio electrónico como un aspecto de importancia a los fines regulatorios (Directriz “i”, ítems 63 a 65) o las regulaciones que existen sobre este tema en el marco de la Unión Europea.

Desarrollaremos otros aspectos relativos al uso de indicadores derivados de trabajos de campo posteriormente.

#### **IV.2. Autoridad nacional de aplicación (arts. 124 a 139)**

En el capítulo 2 del título V (arts. 124 a 139) del Anteproyecto, con el título antes transcrito, se crea la Autoridad Nacional de Aplicación (ANCON) con las siguientes particularidades:

- Se regula como un ente autárquico en lo funcional y financiero y descentralizado (arts. 124 y 125).
- Es la autoridad de aplicación exclusiva y excluyente de la ley y deberá establecer su sede en ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 126).
- Se prevén cuales son sus autoridades (art. 127), sus requisitos de designación (art. 128), excusación (art. 129), proceso de selección (art. 130), etcétera.



- Administra los registros de asociaciones de consumidores e infractores (art. 134).
- Se prevén sus facultades y atribuciones (art. 136).
- Se prevé que la autoridad nacional de aplicación podrá actuar en forma concurrente con las autoridades locales en el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de la ley (arts. 134-139).

#### IV.2.1. Valoración

La regulación relativa a autoridad nacional de aplicación pone de manifiesto la finalidad de jerarquizar su actuación y funcionamiento, objetivo que sin duda resulta destacable y debe compararse. Pero existen aspectos instrumentales que no se han regulado y cuya inexistencia puede conspirar contra el logro del objetivo referido.

Una primera observación en tal sentido, es que solo se prevé establecer una única sede en Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando lo adecuado debiera ser establecer una sede en cada provincia. Si dicho organismo no cuenta con presencia en todo el territorio nacional, padecerá de una total limitación para diseñar, implementar, aplicar y evaluar las políticas públicas de un modo *uniforme* en la totalidad del territorio nacional. Tal situación, aparte de afectar la eficacia de las políticas públicas a implementarse, también puede vulnerar los derechos constitucionales de los consumidores del interior del país quienes tienen derecho a gozar de la misma protección por parte de la autoridad nacional que los consumidores de la ciudad de Buenos Aires (derecho de igualdad, art. 16 CN).

Por tales motivos, consideramos que se debe avanzar hacia la conformación de un organismo nacional con mayor sentido "federal", que cuente, al menos, con una delegación en cada una de las provincias del país, las cuales podrán interactuar con las autoridades de aplicación a nivel provincial. Existen numerosos ejemplos de lo positivo que resulta dicha interacción entre autoridades nacionales y locales en diversas áreas. En materia agropecuaria el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) y en materia industrial el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI). Ambos cuentan

con numerosas delegaciones en el interior del país y en numerosos casos celebran convenios con autoridades locales potenciando su actuación (p. ej., el INTI suele prestar una valiosa colaboración a las autoridades provinciales de Defensa del Consumidor para controlar lo referente a metrología legal).

#### V. Posibles políticas públicas en función de datos estadísticos

Como ya hemos señalado con anterioridad el método de elaboración de las políticas públicas requiere en un primer momento la *identificación* de los problemas de relevancia pública para posteriormente seleccionar las posibles alternativas de solución. A los fines de individualizar algunos de tales problemas, analizaremos algunos datos surgidos de trabajos de campo y estadísticas realizadas a partir del año 2014 en la autoridad de aplicación de la provincia de Córdoba (Dirección General de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial)<sup>(12)</sup>, señalando asimismo las posibles políticas públicas que podrían diseñarse e implementarse para solucionarlos.

Es importante aclarar que, con la finalidad antes señalada, no será posible tomar en consideración datos provenientes del ámbito del Poder Judicial, ya que no existen relevamientos ni estadísticas respecto a "cuantos" procesos judiciales refieren a relaciones de consumo dentro del total tramitado en los juzgados civiles y comerciales. Tampoco existen estadísticas de cuales han sido las causas que han originado los procesos de consumo que tramitan en tribunales, ni cuáles son los *rubros* con mayor índice de litigiosidad, ni tampoco cuales son las *empresas* que registran mayor número de reclamos judiciales, etcétera.

Si bien prácticamente todos los poderes judiciales confeccionan determinadas estadísticas o relevamientos, ninguno incluye como criterio para filtrar la información por "materia" al Derecho del Consumidor (*solo se mencionan*

(12) Dicha provincia, según los datos del Censo Nacional de Viviendas, Hogares y Población del año 2010, realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, presentaba en aquel momento una población total de 3.308.876 habitantes.

*parámetros tales como derecho civil y comercial, concursos y sociedades, contencioso administrativo, ejecutivo fiscal, electoral, laboral, menores, etc.*). Se trata de una situación que se repite en los poderes judiciales de distintos puntos del país, resultando paradójico que se siga rutinariamente clasificando las causas con determinados criterios no del todo acordes a la realidad actual (p. ej., *derecho civil, comercial, daños y perjuicios, incumplimiento contractual, acción de cobro de pesos, etc.*), pese a que un número cada vez mayor de causas iniciadas y tramitadas en los Juzgados Civiles y Comerciales resultan ser “de consumo”.

### **V.1. Los cuatro grandes rubros que concentran la mayoría de los reclamos**

En los últimos años los cuatro grandes rubros, o sectores de la producción o del comercio, que concentran la mayor cantidad de consultas y reclamos de los consumidores se clasifican en el siguiente orden:

a. Servicios de comunicaciones que incluyen telefonía fija y celular, servicios de acceso a Internet y otros servicios relacionados (servicio técnico de aparatos de telefonía, servicios de TV satelital, etc.).

b. Servicios bancarios, financieros y tarjetas de crédito.

c. Comercialización de automotores principalmente a través de los denominados planes de autoahorro.

d. Venta de electrodomésticos en general, rubro que en numerosos casos cuenta con financiación provista por bancos o tarjetas de crédito y que como tal se relaciona con el ítem “b” mencionado anteriormente.

Es importante señalar que los rubros mencionados totalizan aproximadamente el 80% (y también porcentajes aún mayores), considerando el total general de consultas y reclamos realizados por consumidores y usuarios. Esta realidad que se repite en casi todas las provincias del país. De ello se deriva que en estos cuatro rubros se encuentra concentrada la mayoría de la conflictividad de consumo.

En síntesis, la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas destinadas a

los consumidores no puede dejar de considerar los diferentes problemas que plantean los cuatro grandes rubros antes señalados.

### **V.2. Rubros de escasa incidencia en materia de reclamos**

Por el contrario, existen otros ámbitos que presentan una mínima incidencia dentro del total proporcional de consultas y reclamos. Tales son los casos del comercio electrónico o los servicios de turismo, que pueden resultar interesantes desde el punto de vista académico o doctrinario, o en función de algunos fallos judiciales que se han referido a los mismos, pero que como problema cuantitativo presentan escasa relevancia.

### **V.3. El contrato por teléfono y las prácticas abusivas**

Respecto a los cuatro grandes rubros antes mencionados, los cuales reúnen la mayor cantidad de reclamos, existen otros dos datos de interés.

a) En la mayoría de los casos el vínculo contractual entre el consumidor y el proveedor se perfecciona a través del denominado *contrato por teléfono*. Como es conocido, la mecánica de celebración de esta modalidad contractual es muy sencilla: el cliente o consumidor debe comunicarse a un 0800 y de ese modo, mediante una simple llamada, solicita el servicio previa solicitud de sus datos personales. El contrato se celebra en los hechos “de palabra”, con un simple consentimiento a través de una llamada telefónica. Se trata de una modalidad muy utilizada para comercializar en forma “masiva” telefonía fija y celular, acceso a internet, servicios bancarios, señales de TV por cable o satelital, servicios financieros, adquirir electrodomésticos entre muchos otros. Se trata de una forma de contratación que ha crecido enormemente en los últimos años, y en muchos casos no existe otra forma de poder acceder a ciertos servicios si no es a través de esta vía. Actualmente en Argentina, gran cantidad de servicios únicamente se pueden contratar de este modo, lo cual supone que grandes franjas de consumidores se hallan “cautivos” de esta modalidad contractual. Si bien el contrato por teléfono presenta ciertas ventajas (practicidad y ahorro

de costos), es evidente que por su propia informalidad facilita numerosas prácticas comerciales “abusivas” (p. ej., la modificación unilateral por parte del proveedor de los términos de la contratación).

En estos términos, la realidad expuesta constituye un problema de relevancia pública en torno al cual debería instrumentarse una política pública concreta y específica de tipo *regulatoria*.

b) Otro dato de interés es el siguiente: la principal causa de reclamos de consumidores tienen que ver con “prácticas comerciales abusivas” que se reiteran sistemáticamente y masivamente en decenas de reclamos y denuncias en los cuatro grandes rubros antes mencionados(13).

A modo de ejemplo. En materia de servicios de telefonía y provisión de acceso a internet: el ofrecimiento y posterior venta por “vía telefónica” de servicios que luego no son efectivamente prestados al cliente, a pesar de ser facturados y cobrados a veces durante varios meses e incluso años. En materia de servicios bancarios y financieros: la inclusión en los resúmenes de cuenta de *servicios adicionales* por montos ínfimos (y por lo tanto muchas veces imperceptibles) que no fueron ni solicitados ni consentidos por el consumidor (p. ej., *seguros, servicio de asistencia mecánica, servicios de asistencia médica*, etc.). En lo que respecta a comercialización de automotores mediante planes de autoahorro: la falta de concordancia entre la información brindada por los vendedores de planes y el contenido del posterior contrato de adhesión que instrumenta la compraventa que posteriormente debe firmar el cliente.

De un modo similar al caso anterior, las prácticas comerciales abusivas que se reiteran

sistemáticamente en forma masiva en los cuatro rubros antes mencionados, constituyen un problema de relevancia pública que exige implementar una política pública regulatoria concreta y específica.

#### ***V.4. La gran “zona oscura” de infracciones no reclamadas***

Un dato de la realidad muchas veces no debidamente planteado ni tomado en consideración, es que existe una gran cantidad de vulneraciones de derechos de consumidores y usuarios que no son reclamadas. Se trata de una suerte de gran “zona oscura” que nunca llega a ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades de aplicación administrativas ni judiciales. Analizada la cuestión desde el ángulo opuesto, ello significa que las consultas y/o reclamos realizados ante las autoridades administrativas o judiciales, constituyen un porcentaje “mínimo” o “ínfimo” —según los casos— en comparación con el total de consumidores perjudicados en sus derechos.

A través de relevamientos que en prieta síntesis, tomaron en consideración los rubros con mayor índice de conflictividad ya referidos con anterioridad, la cantidad estimada de clientes de tales rubros en el radio urbano de la ciudad de Córdoba capital, y principalmente la realización de breves encuestas a consumidores que realizaron consultas y reclamos por vía presencial, telefónica o a través de la web en la autoridad de aplicación (14), se arribó a los siguientes resultados:

a) Sobre un total (100%) de consumidores perjudicados a causa de la vulneración de alguno de sus derechos, solo un porcentaje muy reducido (10 al 20% del total) tomaba la iniciativa de realizar una simple “consulta” o solicitar “asesoramiento técnico básico” ante la autoridad de aplicación administrativa. Debemos destacar que el acceso a dicho asesoramiento o consultas era sumamente accesible: totalmente

(13) Una descripción detallada de tales prácticas abusivas extraídas de relevamientos de casos verificados durante los años 2014 a 2017 en la Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial de la Provincia de Córdoba, puede consultarse en el siguiente trabajo: VARIZAT, Andrés F. - BARTOLACCI, Agustín - QUIROGA, Marcos - ALÉ, Martín T. - BOGINO, Mariano, “Prácticas abusivas: propuestas para su mejor regulación en el derecho argentino”, JA, nro. esp. (JA 2017-IV, fasc. 10), ps. 118 y ss.

(14) Relevamiento realizado en la Dirección Provincial de Defensa del Consumidor de la ciudad de Córdoba capital en el año 2015. Según los datos del Censo Nacional de Viviendas, Hogares y Población del año 2010, realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, la ciudad de Córdoba capital presentaba al momento de dicho censo una población total de 1.329.604 habitantes.

gratuito y podía realizarse por vía de distintos medios y en grandes franjas horarias (vía presencial por la mañana o por la tarde, 0800 gratuito, *e-mail*, Facebook o similares).

b) Un porcentaje aún menor (aproximadamente 10% o menos) lo constituía el grupo de consumidores que luego de realizar la consulta o recibir asesoramiento, decidían realizar el “reclamo formal” (denuncia). Nuevamente viene oportuno aclarar que la realización de dicho reclamo es muy accesible y de trámite muy sencillo (se realiza completando un formulario con formato pre-impreso), totalmente gratuito y el horario de atención al público era amplio extendiéndose durante la mañana y la tarde. En este caso a través de la simple comparación o contraste entre el número de consultas y pedidos de asesoramientos recibidos, frente al número de reclamos formales ingresados se advertía una diferencia sustancial —a la baja— de los segundos en relación a los primeros.

c) Y finalmente sobre los casos que no habían obtenido una solución favorable en la instancia de reclamo administrativa, un porcentaje “ínfimo” (aproximadamente 1% del total), eran los que posteriormente eran objeto de reclamo ante el Poder Judicial. Cabe señalar que el denominador común de todos estos casos, era la mayor cuantía económica en comparación con el promedio. En este supuesto, los datos se obtuvieron a partir de indicadores tales como la comparación entre número de reclamos recibidos y número de copias legalizadas de actuaciones administrativas solicitadas para iniciar reclamos judiciales, y las encuestas telefónicas realizadas a consumidores un año después de haber finalizado el trámite administrativo indagando si habían iniciado la posterior acción judicial.

¿Qué conclusiones pueden extraerse de estos datos desde el punto de vista de la elaboración de políticas públicas?

- En primer término, que la idea de un *standard* de consumidor “diligente” en la defensa de sus derechos, que muchas veces se presu-

pone sin mayores análisis, no se verifica en la realidad. Por el contrario, los consumidores que a pesar de haber visto vulnerados sus derechos, finalmente no realizan consultas o reclamos tendientes a ejercer sus derechos constituyen amplia mayoría (80, 90% o porcentajes aún mayores según los casos). En síntesis, los consumidores que no reclaman constituyen una amplia mayoría frente a los consumidores que reclaman.

- En segundo término, que las principales instituciones del derecho del consumidor se hallan diseñadas en función de un modelo de consumidor “diligente” que reclama por sus derechos. A modo de ejemplo: el procedimiento “conciliatorio” basado en el principio “dispositivo” que comienza con la denuncia y continúa con la audiencia conciliatoria. Otro ejemplo es el daño directo el cual se halla concebido en función del consumidor que concurre a reclamar.

- En consideración a lo expuesto, cabe preguntarse: ¿Es necesario replantear la mayoría de las instituciones del derecho del consumidor? ¿Es necesario adaptar el derecho del consumidor tomando en consideración a los consumidores *no reclamantes* que son amplia mayoría?

Los aspectos reseñados constituyen nuevos desafíos para las futuras políticas públicas. Desde nuestro punto de vista, resultaría necesario evolucionar desde las actuales estructuras meramente “receptoras” de vulneraciones de derechos ya verificadas, hacia sistemas “preventivos” que actuando —*de oficio*— impidan o atenúen tales infracciones. En este caso la actuación *de oficio* se facilita en razón de lo que ya hemos señalado con anterioridad: la mayoría de los conflictos de consumo se generan a partir de un número determinado de prácticas comerciales abusivas que se reiteran sistemáticamente o que pueden ser determinadas en base a estadísticas semanales que proveen las consultas y reclamos realizadas por consumidores por vía presencial, *e-mail*, Facebook, u otros similares.

# Las asociaciones de consumidores en el Anteproyecto

---

GERMÁN MÜLER (\*)

## I. Las asociaciones de consumidores

I.1. De un modo amplio podemos decir que las asociaciones de consumidores (en adelante AC) son personas jurídicas sin fines de lucro que se constituyen para informar y educar a los consumidores, y defender sus intereses mediante reclamos administrativos y acciones judiciales, pudiendo representarlos a tal fin. Tienen un rol activo y participativo, colaborando con el Estado en el sistema de protección al consumidor. Son organizaciones que, de modo exclusivo o no, realizan actividades en defensa de los consumidores.

I.2. Sin embargo, en nuestro régimen jurídico, la definición dada corresponde a un género, dentro del cual la especie “asociaciones de consumidores propiamente dicha”, exige también que la organización cumpla con los requisitos establecidos en la ley y que concluye con la inscripción en el registro de asociaciones de consumidores. Solo cumplido ese requisito podremos hablar de una AC, sobre la que recaerán todos los beneficios, exigencias y limitaciones que la ley establece para estas instituciones.

El art. 120 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (en adelante AL) y el art. 56 de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC) exigen por igual que las organizaciones

deberán requerir autorización a la autoridad para funcionar como tales. De ese modo, el registro deviene constitutivo de la AC(1). Sin la inscripción, se tratará de una organización que protege los intereses de los consumidores(2), pero no será una asociación de consumidores, al menos a los fines de la ley(3). Por lo tanto, no

---

(1) “Resulta necesario que esas asociaciones estén registradas y reconocidas ante la autoridad de aplicación, pues es un incentivo a que se comporten con seriedad y responsabilidad”. (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 427).

(2) Según las actividades desarrolladas también existen dos modelos diferentes. En un primer modelo se incluirían las organizaciones que se encuadran en el campo exclusivo de la defensa del consumidor y las llamaremos específicas. En un segundo modelo se encuadrarían aquellas organizaciones cuyas actividades y campos de actuación son más amplias y que en un momento determinado también asumen la defensa del consumidor y a estas las llamaremos no específicas. En este caso se encontrarían los movimientos vecinales, de mujeres, cooperativas, organismos de derechos humanos, etcétera (BAROCELLI, Sergio S., en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos [dirs.], *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, t. IV, p. 581).

(3) En el mismo sentido afirma Farina que “...la ley, cada vez que habla de ‘asociaciones de consumidores’, se está refiriendo a las autorizadas por la autoridad de aplicación, en razón de haber cumplido los requisitos de los arts. 56 y 57. Nada impide que se constituyan asociaciones de consumidores con personería jurídica (o sin ella), pero si carecen de la específica autorización que exigen los artículos mencionados su actuación no tendrá los alcances, ni los efectos, ni las atribuciones que se le reconoce a las autorizadas en esta ley 24.240” (*Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 584).

---

(\*) Presidente de ACONOA (Asociación de Consumidor del NOA). Profesor de Derecho del Consumidor (Universidad San Pablo T). Abogado en ejercicio de la profesión especializado en temas de defensa del consumidor.

tendrá legitimación para accionar en representación de los consumidores, no recibirán contribuciones estatales, etcétera.

Chamatropulos, en su pormenorizado análisis de la cuestión, cita la opinión de Gozaini cuando el reconocido procesalista alerta que el requisito de la registración no debe ser un obstáculo ni una limitación burocrática. Desde que ya que compartimos la opinión. Ahora bien, creemos que la facultad que el autor otorga al juez para dispensar del reconocimiento cuando haya motivos fundados debe ser reservada para casos excepcionálísimos y urgentes, en los que no haya sido posible que la entidad discuta judicialmente la hipotética denegación de la registración. En otras palabras, la entidad no podrá simplemente obviar el requisito de la registración y pretender que la justicia le otorgue un “reconocimiento *ad hoc*” para cada acción.

Si la organización pudo reunir los requisitos exigidos, solicitar la autorización para funcionar y su registración, si pudo —llegado el caso— recurrir una decisión arbitraria que se la negase, y no lo hizo, no hay motivos para eximirla de cumplir la ley.

I.3. Las dificultades que la sociedad de consumo impone a los consumidores, el desconocimiento y debilidad intrínsecas del consumidor, se suman a los problemas de acceso al sistema para peticionar la intervención de las autoridades y a las dificultades estructurales para el ejercicio de la tutela de sus derechos: costos, complejidad y demoras.

“Las asociaciones de consumidores o usuarios revisten un papel de particular trascendencia en el marco de las relaciones de consumo, pues constituyen una herramienta fundamental para que la parte débil pueda obtener la debida tutela de sus derechos, sean éstos individuales o de incidencia colectiva. Estas entidades actúan —además de su rol de mediador en los conflictos generados entre el consumidor y el proveedor (cuestión regulada por el art. 58 antes citado)— como un organismo de control del cumplimiento del estatuto del consumidor por parte del proveedor de bienes y servicios y, asimismo, permite muchas veces que el consumidor acceda a la jurisdicción mediante su intervención, ya sea por la representación del

interés individual de uno de ellos o por la legitimación que les confiere la norma para intervenir en las acciones de incidencia colectiva” (4).

“El legislador parte de la base de que el Estado ‘solo no puede’ y que necesita de la colaboración activa de la ciudadanía y del llamado ‘tercer sector’” (5). Es así que las AC se conciben con la idea de morigerar las asimetrías mediante las diferentes herramientas y funciones que la ley les asigna (6).

I.4. El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (en adelante AL) regula lo atinente a las funciones, requisitos y prohibiciones de las AC tomando como base la Ley de Defensa del Consumidor vigente (en adelante LDC), con “algunas modificaciones en cuanto a la estructuración y funcionamiento de las organizaciones de consumidores” (7). En los fundamentos del AL, los autores destacan que los cambios tienden a fortalecer a las AC y coadyuvar a una mejor implantación y desarrollo de las mismas en la sociedad.

## II. El método

II.1. El texto proyectado siguió el método de la LDC, aunque introduciendo algunas modificaciones. A ese fin destina el capítulo 1 del título V, referido al diseño institucional, justo antes de crear y regular a la nueva autoridad de aplicación.

II.2. Tanto en la ley vigente con en la propuesta, el primero de los artículos que regulan la cuestión define la legitimación de las asociaciones de consumidores. Quizás hubiera sido correcto ubicar la norma más abajo, luego de definir a estos entes y de regular las condiciones de su reconocimiento como tal. De ese modo, hubiera quedado claro, por ejemplo, que los re-

(4) SÁENZ, Luis R. J. - SILVA, Rodrigo, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - PICASSO, Sebastián, *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 688.

(5) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., t. II, p. 426.

(6) Puede encontrarse un pormenorizado análisis de la historia y evolución de las AC y el movimiento consumeril en BAROCELLI, Sergio S., en *Tratado de derecho del consumidor*, cit.

(7) Según se explica en sus fundamentos.

quisitos establecidos por la norma son obligatorios para el reconocimiento de la entidad.

Aunque nos parece más importante destacar que pareciera que, de un modo consciente o no, ambos legisladores ven en las acciones judiciales la principal función de las AC (8). Yendo más lejos en esta especulación, nótese que en el anteproyecto no se trata solo del primer artículo que regula a las AC, sino de la primera norma de todo el diseño institucional: antes de crear a la autoridad de aplicación, antes de regular el COFEDEC... antes que nada dice que las AC tienen legitimación para accionar en representación de los consumidores cuando sus derechos se vean afectados.

II.3. Esta ubicación “preferencial” de las AC también podría interpretarse como un reconocimiento a su importancia.

“La reforma constitucional de 1994 ha reconocido expresamente los derechos de los consumidores y usuarios. Uno de esos derechos reconocidos en el art. 42 es el derecho de los consumidores a la organización y participación. Para el ejercicio de ese derecho desempeñan un rol ineludible y estratégico las asociaciones de consumidores. El derecho de organización y participación de los consumidores, siguiendo la clasificación de Stiglitz, constituye un derecho instrumental, es decir, un derecho, a través de su implementación y efectivización, garantiza el ejercicio de otros derechos” (9).

II.4. En los arts. 119 a 123 el proyecto regula sucesivamente: la legitimación de las asociaciones de consumidores para accionar, los fines que deben perseguir, los requisitos para obtener el reconocimiento estatal, limitaciones y prohibiciones para garantizar su independencia, y un régimen de contribuciones estatales. En el desarrollo de este breve trabajo seguiremos el mismo esquema.

(8) “Quizás la tarea que más se cumple en los hechos es la relacionada con la defensa y representación en juicio de los consumidores. Fundamentalmente, a través de las innumerables acciones colectivas que han crecido mucho en cantidad a partir de la reforma a la LDC del año 2008.” (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., t. II, p. 433).

(9) BAROCELLI, Sergio S., en *Tratado de derecho del consumidor*, cit., p. 589.

A la hora de comparar los textos, se observa que desaparece el artículo sobre “promoción de reclamos” (de escasa utilidad práctica (10)) y en su reemplazo se regula el régimen de contribuciones, que está actualmente normado en el art. 62 entre las “disposiciones finales”. Nos referimos al tema más abajo.

### III. Legitimación

III.1. Las asociaciones de defensa de los consumidores están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses o derechos de los consumidores. A tal fin pueden asumir la representación —ya sea en sede administrativa o judicial— de los consumidores, tanto para obtener la tutela de sus derechos subjetivos e individuales como los de incidencia colectiva (11).

La legitimación es tratada en el anteproyecto en dos normas casi idénticas (los arts. 119 y 169) manteniendo sin modificaciones el régimen actual (art. 55), de modo concordante con el criterio mayoritario que la CSJN siguió en “Halabi” (12) y sostuvo luego en numerosos fallos. Para aventar dudas, el anteproyecto regula en tal sentido los procesos colectivos de consumo en la sección 2ª del capítulo 5, a cuyo análisis remitimos.

III.2. Las pocas diferencias propuestas en el AL hacen más al estilo y la técnica legislativa que al fondo de la cuestión.

(10) “En este artículo se trazan las grandes líneas de cómo deben actuar las asociaciones cuando ejercen la función conciliatoria que, de algún modo, el Estado les reconoce. Respecto de este punto se ha dicho que los acuerdos celebrados ante las asociaciones carecen de fuerza ejecutoria, por lo que exigen la iniciación de un proceso de conocimiento ordinario de cumplimiento de contrato, lo cual es una dificultad para la utilización práctica del mecanismo conciliatorio aquí previsto. Esto último más otras razones quizás “culturales” han llevado a que, en la práctica, los casos de conciliación ante estas entidades sean casi inexistentes” (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., p. 443).

(11) SÁENZ, Luis R. J. - SILVA, Rodrigo, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - PICASSO, Sebastián, *Ley de defensa del consumidor*, cit., p. 689.

(12) CS, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. - ley 25. dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986”.

En primer lugar, el art. 119 quita la referencia a que las AC deben ser personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, lo que —consideramos— no modifica ese requisito, que de todos modos se desprende de los art. 120 y 121. Ello no solo surge de una interpretación contextual, sino también de la letra del art. 169 que deja en claro que las asociaciones deben estar “constituidas de acuerdo a lo establecido en esta ley”.

La cuestión es sencilla: una asociación no es una AC si no está constituida de acuerdo con lo establecido por la ley. Podrá ser una asociación con personería jurídica, claro, y podrá dedicarse a defender a los consumidores, pero será algo distinto a una asociación de consumidores, que tiene características y requisitos propios (13).

Luego, la utilización de la palabra “derechos” en lugar de “intereses” en el art. 119 tampoco debe interpretarse como un cambio, teniendo en cuenta en primer lugar que el art. 169 incluye intereses y derechos, y en segundo término que así surge del lenguaje y la regulación de los arts. 171 ss. y concs. De ese modo, está claro que se mantienen las categorías “históricas” de derechos de incidencia colectiva difusos y derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos, dejando en claro la amplia legitimación de las AC, lo que puede considerarse otro avance. El tema es tratado en la parte específica de esta obra, por lo que no nos detendremos en él.

III.3. Por último, se elimina el último párrafo del art. 55 LDC que otorgaba a las asociaciones el beneficio de justicia gratuita. Nuevamente, no es una restricción ni un retroceso. El beneficio está concedido para los procesos colectivos en el art. 171 *in fine*, y está contenido en general en el art. 168 con una regulación que aleja las dudas y discusiones que hoy existen sobre la materia dejando en claro que el beneficio es comprensivo del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto, excepto en el caso de temeridad o malicia o pluspetición inexcusable. El régimen es aclarado y mejorado.

(13) El art. 57 del dec. 1798/1994 aclaraba que las entidades deben cumplir los requisitos so pena de perder la inscripción en el Registro de Asociaciones de Consumidores.

#### IV. Autorización para funcionar

IV.1. El anteproyecto (en su art. 120), al igual que la ley vigente (en el art. 56), enumera los fines que deben perseguir las asociaciones para poder requerir la autorización para funcionar como AC. Se trata, pues, de aquello que caracteriza a estas entidades como tales: su importante rol en el mercado y en la sociedad.

IV.2. Consideramos que los fines que deberán perseguirse, como condición *sine qua non* para funcionar, son los tres que genéricamente se enumeran en el primer enunciado: la defensa, información y educación del consumidor. Los restantes, listados en numerosos incisos, son ejemplos meramente aclaratorios que permiten comprender mejor cuándo podemos sostener que una asociación está en condiciones de obtener la autorización para funcionar (14).

Podemos, entonces, distinguir entre *fin*es (defender, informar y educar) y *actividades* para conseguir esos fines (velar, proponer, colaborar...).

De este modo, vamos adelantando nuestra postura de que no es obligatorio que las asociaciones cumplan con todo el largo listado de actividades, bastando con que cumplan con lo esencial: defender, educar e informar a los consumidores (15). Para ello, sin dudas, deberán desarrollar algunas de las *actividades* de protección de intereses de los consumidores.

La realidad demuestra que las AC no tienen medios para cumplir todas las funciones y que suelen especializarse en algunas (16). Las hay

(14) En la posición contraria se dijo que “no constituye una opción para la asociación adoptar alguno de dichos objetivos y no cumplir con los restantes, según su conveniencia”. SÁENZ, Luis R. J. - SILVA, Rodrigo, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - PICASSO, Sebastián, *Ley de defensa del consumidor*, cit., p. 700.

(15) En el mismo sentido TINTI, Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano R., *Derecho del consumidor. Ley 24.240 con las modificaciones de la ley 26.361*, 3ª ed., Alveroni, Córdoba, 2011, p. 265, quienes afirman: “Basta que cumpla algunos de ellos, sea la esencia de su objeto la protección del consumidor, y razonablemente se adecue al espíritu de los objetivos descriptos para que corresponda conceder la autorización”.

(16) “El art. 56, LDC, efectúa una extensa enumeración de funciones y finalidades de las asociaciones



que solo inician acciones colectivas y las que solo relevan precios, las que solo educan a los consumidores y las que solo participan en los entes de contralor de servicios públicos, las que solo se ocupan de los servicios financieros y las que solo entienden de medicina prepaga. Las AC “con sus respectivos enfoques y perspectivas, y dentro de la debida consideración institucional, colaboran a la solución de los problemas de difusión y concientización que enfrentan los consumidores de bienes y servicios” (17).

Si estamos hablando de entes sin fines de lucro, con casi nula posibilidad de financiarse (18) (art. 122 AL), que solo cuentan con trabajo voluntario de algunos entusiastas, exigirles que abarquen todo el abanico de actividades enumerado resulta desproporcionado. ¡De ningún ente se exige tanto! Sin dudas, es mejor que cada quien haga aquello para lo que es bueno.

Además, esa parece la interpretación literal de la LDC, replicada en el anteproyecto. Los textos dicen que las entidades deberán cumplir los tres fines destacados, y que así se entenderá si cumplen con las actividades luego enumeradas. Lo imperativo es lo primero (deberán defender, educar, informar), lo segundo (la larga lista) nos permite entender, interpretar, de qué modo se cumple con esos objetivos.

Por lo demás, los incisos se refieren a casos concretos de actividades que implican el cumplimiento de los 3 fines genéricos, con mayor o menor detalle, pero siempre subsumibles en ellos.

IV.3. Los incs. 1 y 10 del art. 120 del anteproyecto (incs. a) e i) del art. 56 vigente) son claramente genéricos.

---

de consumidores. En la práctica, se ve que muchas de ellas no se cumplen, pues sucede que la infraestructura y recursos con que cuentan las asociaciones no se condicen con las importantes funciones que la LDC pone a su cargo” (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., p. 433).

(17) Considerandos de la res. 73/2014 de la Secretaría de Comercio.

(18) Las contribuciones financieras correspondientes a todo el año 2017 fueron de \$ 126.324,32 por AC y se transfirieron a principios de 2019, de acuerdo con la res. 135/2018 de la Secretaría de Comercio Interior.

El primero, “velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor”; no es un parámetro útil para definir a una asociación de consumidores. Sería deseable (y es obligación legal) que todos los sectores (las asociaciones, el Estado en todas sus formas, las empresas) velen por el fiel cumplimiento de estas y de todas las normas vigentes. Así, esta función que se predica de todos los actores, no puede definir a uno de ellos.

El último inciso termina la norma abriendo el abanico, dejando claro que la lista no es taxativa: “Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor”. Esto es lo definitorio, lo que diferencia a estas organizaciones: defender los derechos de los consumidores. Y ello será útil, y suficiente, mediante cualquier actividad, sea que esté o no enumerada en la norma.

Nótese que la enumeración no concluye con una conjunción copulativa que permita sostener que deben cumplirse todas las actividades. La lista no es taxativa (19) y no podría ser de otro modo pues la enumeración queda abierta con el último inciso, que por genérico, no puede cumplirse estrictamente. ¿Cómo se desarrolla “cualquier actividad”?

IV.4. Sentada nuestra postura de que no es obligatorio el cumplimiento de todas las actividades, pero sí de las finalidades, analicemos brevemente los restantes incisos, que dan debida cuenta de la utilidad de las AC (20).

Los incs. 2 y 3 del art. 120 (incs. b) y c) del art. 56 LDC) se refieren a la utilidad de las asociaciones para ayudar a crear y mejorar normas destinadas a proteger o a educar a los consu-

---

(19) Es taxativa la enumeración con sentido limitativo; es decir, que no es susceptible de ampliarse. Es lo contrario de ejemplificativo o enunciativo. En general, el carácter taxativo de una norma legal se determina en forma expresa mediante expresiones como “únicamente”..., “exclusivamente”..., etc. (cfr. GARRONE, José A., *Diccionario Jurídico*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, t. IV, p. 576).

(20) BAROCELLI, Sergio S., en *Tratado de derecho del consumidor*, cit., los analiza en profundidad.

midores(21). La ayuda de los entes a esos fines será sin dudas importante, en la medida en que su conocimiento de campo puede aportar experiencia y una visión particular sumamente cercana a los consumidores.

El inc. 2 no puede ser un requisito obligatorio para obtener la autorización para funcionar. No puede obligarse a una asociación a proponer una norma. La proposición se hará solo en la medida en que exista la necesidad, y aun así será menester (si esperamos un trabajo serio) que la norma propuesta sea posible, oportuna, razonable. No se trata de proponer por proponer.

El inc. 3, en cambio, establece la “colaboración” para el perfeccionamiento de las normas. Pedir a las AC su ayuda a esos fines resulta más que razonable, incluso deseable. Claro que nuevamente pondremos nuestros límites: no podemos obligar a opinar a quien no tiene nada que aportar.

Los incs. 4 y 5 del art. 120 del proyecto también pueden agruparse pues persiguen la finalidad de solucionar los problemas concretos de los consumidores. El inc. 4 prevé que las AC reciban las reclamaciones de consumidores y promuevan soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo, mientras que el inc. 5 apunta a que la solución del conflicto se busque ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados. Idéntica finalidad, distinto medio.

Sin dudas, es encomiable la intención de buscar soluciones amigables, aunque también parece una posibilidad lejana (22), ya que la ex-

periencia indica que los proveedores ni siquiera concurren a audiencias si no existe una sanción prevista en caso de ausencia. Además, el convenio que pudiere celebrarse no tendría fuerza obligatoria(23). Por lo tanto, debe recurrirse casi sin excepción a la intervención de alguna autoridad.

Los incs. 6 a 9 también pueden agruparse por su finalidad: educar al consumidor, asesorarlo y ayudarlo a tomar mejores decisiones. Se trata, sin dudas, de funciones principalísimas, destinadas a producir verdaderos cambios en la sociedad de consumo (24).

Las funciones previstas en estos incisos (asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios y sobre sus derechos; organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda otra información de interés para los consumidores; promover la elaboración de programas de información, capacitación y orientación a los consumidores) son de algún modo comunes a todos los actores involucrados en la protección de los consumidores y están presentes en numerosas normas de distinta jerarquía. En el anteproyecto pueden mencionarse a modo de ejemplo: los arts. 10.4, 29.1, 31, 33 y 83 las incluye como deber del Estado; el art. 125 como función de la ANCON y el 140 del COFEDEC. El cumplimiento de esta función, entonces, requerirá del actuar conjunto de todos los sectores. Así, por ejemplo, convenios entre una AC y la autoridad de Educación podrían facilitar la llegada a las entidades educativas.

(21) Inc. 2. Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o a educar a los consumidores; inc. 3. Colaborar con los organismos oficiales o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos.

(22) La res. 394/2018 de la Secretaría de Comercio creó la figura del “Defensor del Cliente” que también busca una alternativa amigable de solución de conflictos. Al respecto se puede ver BARREIRO, Rafael F., “Una nueva modalidad para satisfacer reclamos de los consumidores: el defensor del cliente”, LL agosto 2018, LXXXII, ps. 142-163 y TAMBUSI, Carlos E., “Apuntes y esperanzas sobre el defensor del cliente”, LL agosto 2018, LXXXII, ps. 142-163.

(23) “Este procedimiento no ha tenido especial desarrollo en nuestro país. Creemos que los motivos podemos encontrarlos, además de la ausencia de asociaciones de consumidores con presencia en todo el territorio nacional, en la falta de obligatoriedad del procedimiento para los proveedores y la necesaria asimilación a los acuerdos arribados en sede administrativa respecto de su ejecutoriedad” (BAROCELLI, Sergio S., en *Tratado de derecho del consumidor*, cit., p. 622).

(24) “El objetivo consiste en capacitar a los consumidores para que sepan discernir, puedan hacer elecciones bien fundadas de bienes y servicios, y tengan conciencia de sus derechos y obligaciones” (STIGLITZ, Gabriel, *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 570).

## V. Requisitos para obtener el reconocimiento

V.1. Las asociaciones de consumidores, para ser tales, deben tener una doble o triple autorización. Por un lado, deben constituirse en personas jurídicas (título II, capítulo I del Código Civil y Comercial de la Nación) y, por otro, estar incluidas en un Registro de Asociaciones de Consumidores (que podrá ser el provincial y/o el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores) para lo que deberán cumplir con los requisitos establecidos en la ley y en la reglamentación correspondiente.

V.2. Decimos que deben ser personas jurídicas ya que no necesariamente deberán ser asociaciones civiles sin fines de lucro: una asociación de consumidores puede constituirse bajo otra forma asociativa. Algunos sostienen que pueden ser fundaciones o cooperativas (25), en la medida que cumplan con los requisitos que venimos comentando (26). Otros, como Farina (27) excluyen a las fundaciones ya que carecen de base asociativa, nota que considera caracterizante de las AC.

Ni el art. 55 LDC ni el 119 del anteproyecto permiten concluir que debe tratarse necesariamente de asociaciones civiles, pues en ambas normas se hace referencia genérica a personas jurídicas, sin un exigir tipo especial.

Todo indica que tampoco habría motivos de fondo para exigir que se organicen como asociaciones civiles, ya que lo importante es que se trate de una persona jurídica que tenga por objeto el cumplimiento de los fines previstos en la

(25) Comparte la postura amplia WAJNTRAUB, Javier H., "Análisis exegético de la ley. El sistema de control de las cláusulas abusivas", en MOSSET ITURRASPE, Jorge, WAJNTRAUB, Javier H., GOZAÍNI, Osvaldo A., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 297, Conf., SÁENZ, Luis R. - SILVA, Rodrigo, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - PICASSO, Sebastián, *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. 1, p. 699.

(26) ARIAS CÁU, Esteban J. - CALDERÓN Maximiliano R., "La legitimación activa de las asociaciones de consumidores, un fallo desalentador y una propuesta alternativa", por [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-legitimacion-activa-de-las-asociaciones-de-consumidores-un-fallo-desalentador-y-una-propuesta-alternativa/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-legitimacion-activa-de-las-asociaciones-de-consumidores-un-fallo-desalentador-y-una-propuesta-alternativa/at_download/file).

(27) *Defensa del consumidor y del usuario*, cit., p. 587.

ley y desarrolle las actividades previstas sin incurrir en violaciones a las limitaciones impuestas.

La res. 90/2016 de la Secretaría de Comercio de la Nación (28) en su art. 1º, toma postura y permite que las asociaciones de consumidores estén constituidas como asociaciones civiles con personería jurídica, cooperativas o fundaciones. Aunque, también hay que decirlo, no era la postura de la derogada res. 461/1999 de la entonces Secretaría de Industria, Comercio y Minería, que en su art. 1 exigía que estén constituidas como asociaciones civiles con personería jurídica (29).

V.3. El Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores (RENAC) fue creado por el art. 55 del dec.-regl. 1798/1994. La norma deja en claro que, para ser una asociación de consumidores, las entidades deberán estar inscriptas en el mismo.

El RENAC depende de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y el listado de entidades inscriptas puede consultarse en <https://www.argentina.gob.ar/node/3941>. A su vez, el art. 43 de la LDC enumera entre las facultades de la autoridad de aplicación la de mantener el registro nacional (inc. b)), la que podrá ser delegada en las autoridades provinciales (30).

En el anteproyecto, el Registro de Asociaciones de Consumidores está previsto en el art. 134 como una atribución de la Autoridad Nacional del Consumidor - ANCON.

V.4. El AL establece que la autoridad de aplicación podrá determinar reglamentariamente

(28) La res. 461/1999 SICyM, por el contrario, parecía adoptar un criterio restrictivo en su art. 1º: "Las asociaciones de consumidores constituidas como asociaciones civiles con personería jurídica...".

(29) La res. 90/2016 implicó otros avances con relación a la 461/99, p. ej., al remover la exigencia de que una asociación del interior debe tener una o más filiales o delegaciones.

(30) En realidad, la autoridad nacional no delega el control del registro nacional: las autoridades locales solo ejercen funciones de verificación de las asociaciones a pedido de la autoridad nacional, y crean sus propios registros de acuerdo con lo que establecen las leyes provinciales correspondientes, lo que lleva a que las AC provinciales tengan una doble registración.

requisitos razonables de representatividad, autofinanciamiento u otras variables a ser tenidas en consideración para el otorgamiento de la autorización para funcionar y para la asignación de contribuciones financieras. Los requisitos que se determinen deberán estar vinculados con los fines previstos para las asociaciones de consumidores. Además, deberá acreditarse regularmente que se llevan a cabo las acciones, labores y actividades desarrolladas para el cumplimiento de esos fines (31).

Nos referiremos a estos requisitos más abajo, al analizar la norma sobre contribuciones estatales.

## VI. Limitaciones y prohibiciones

Existe acuerdo en que las AC deben ser independientes de cualquier interés que pueda teñirla de parcialidad (32). En ese sentido, tanto la LDC (art. 57) como el régimen proyectado (art. 122) establecen que: 1. No podrán participar en actividades políticas partidarias; 2. Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva; 3. No podrán recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras; 4. Sus publicaciones no podrán contener avisos publicitarios.

Compartimos con Barocelli que la prohibición “no implica de por sí una abstención de tener vinculación con empresas u organizaciones empresarias sino de acciones que condicionen la autonomía de la organización u orienten de su acción”. El autor citado ejemplifica algunas vinculaciones que no estarían prohibidas, entre las que destacamos la elaboración en conjunto de códigos de buenas prácticas comerciales y responsabilidad social y ambiental empresarial o acuerdos para la realización de reclamos conciliatorios extrajudiciales en las asociaciones de consumidores.

(31) Los requisitos para la inscripción en el RENAC están regulados en la disp. 19/2016 de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor reglamentaria de la res. 90/2016 de la Secretaría de Comercio. El espacio destinado a este trabajo nos impide detenernos en ellas.

(32) BAROCELLI, Sergio S., en *Tratado de derecho del consumidor*, cit., p. 602.

Las AC no son entes que deban ser precisamente imparciales, muy por el contrario: no son neutrales, toman partido. Entonces, lo que debe garantizarse no es su imparcialidad, lo que debe garantizarse es que tomarán partido por el consumidor. Este argumento nos obliga a ir más allá y preguntarnos si las limitaciones establecidas en la norma no son excesivas y contra-productivas. ¿Sería contrario a los intereses de los consumidores o al espíritu del sistema que una AC se vincule con una empresa, un partido político o un profesional para investigar una conducta ilícita?

Venimos diciendo que las AC carecen de recursos propios, lo que explica y justifica que muchas de las actividades que se proponen no puedan ser llevadas a cabo. La prohibición casi total de recibir fondos puede resultar en definitiva perjudicial para enfrentar grandes proyectos. Hoy difícilmente una AC en Argentina pueda investigar a fondo sobre las características de los bienes o servicios que se comercializan, pues carece de recursos. ¿Y si alguna empresa del sector aporta recursos para hacerlo? No se nos escapa que inmediatamente surgirán múltiples objeciones sobre la posibilidad de hechos de corrupción, a los que lamentablemente la realidad cotidiana nos tiene acostumbrados. Pero también pensamos que urge encontrar medios para ahuyentar fantasmas y avanzar en una sociedad más transparente.

Creemos que es posible una evolución en el tema similar a la que se produjo al analizar las publicidades comparativas. Hoy no nos centramos en los derechos de la empresa sino en los derechos del consumidor: que no se lo induzca a error (33). No vemos con malos ojos que una empresa de la competencia nos brinde información sobre los productos del mercado, claro que siempre que no se sobrepasen ciertos límites: es preciso que su contenido sea objetivo; que la comparación lo sea entre elementos esenciales y verificables y, finalmente, que sea exacta (34). Pues bien, cuando analicemos

(33) Art. 1101, inc. b) del Cód. Civ. y Com.

(34) STIGLITZ, Rubén S., “Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, publicado en Supl. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 17/11/2014, p. 103, LL Online: AR/DOC/3842/2014

si es o no correcto que una AC reciba ayuda de una empresa para investigar si un producto es nocivo para la salud, no debemos pensar en si se beneficia a esa empresa, debemos sopesar si se beneficia a los consumidores con esa información que obviamente deberá ser exacta, verificable. Dice Julio Durand Carrión (35) que “nada quita que una asociación pueda trabajar de la mano con los gremios empresariales, en la promoción de un mercado más competitivo, y el desarrollo de buenas prácticas corporativas y de negocio”.

## VII. Contribuciones estatales

VII.1. El proyecto incluye una norma no existente en la LDC: el art. 123 sobre contribuciones estatales. La cuestión del fomento a la creación y funcionamiento de las AC no es novedosa, pues se encuentra presente en diversas normas de derecho positivo y de *softlaw*: el art. 42 de la Constitución Nacional, el art. 60 LDC, diversos artículos de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, la res. 124/1996 del Grupo Mercado Común del Mercosur, etcétera.

Teniendo en cuenta esa trascendencia, hubiéramos preferido que la norma establezca que el Estado “deberá” contribuir con las AC, sobre todo teniendo en cuenta que las tareas encomendadas son impuestas en primer término al propio Estado. Si el Estado “puede” pero no “debe” hacerlo corremos el riesgo cierto de que simplemente decida omitirlas. Luego, el problema histórico es que el Estado —al menos el nacional— contribuye, pero en cantidades claramente insuficientes.

VII.2. En ese sentido resultan superadoras las normas que otorgan otro tipo de recursos con criterios objetivos. En Perú, por ejemplo, cuando las AC inician un procedimiento de denuncia ante cualquier empresa, un porcentaje de la multa que se aplique será a favor de la asociación (36).

(35) “La real dimensión de las asociaciones de consumidores en el Perú”, (<http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2018/03/26/la-real-dimension-de-las-asociaciones-de-consumidores-en-el-peru/>).

(36) “La real dimensión de las asociaciones de consumidores en el Perú”, (<http://blog.pucp.edu.pe/blog/>

¿El segundo párrafo del art. 180 del proyecto toma una postura similar? Establece que “si el proceso colectivo se basa en intereses colectivos o difusos las indemnizaciones serán destinadas a la constitución de un fondo especial que tendrá por objeto directo la protección de los consumidores; los afectados, o en su caso, las asociaciones legitimadas activas participarán en su administración y gestión” (37). No dice que las AC serán las destinatarias de esos fondos, sino que participarán en su administración y gestión. Gestionar es llevar adelante una iniciativa o un proyecto, ocuparse de la administración. Administrar es ordenar, disponer, organizar... Consideramos entonces que los fondos no serán de propiedad de las AC, pero estas podrán utilizarlos para llevar adelante proyectos específicos cuyo objeto directo sea la protección de los consumidores. Podría también tratarse de una fuente interesante de financiamiento.

VII.3. Un aspecto del régimen propuesto que podría generar controversia es la aparente discrecionalidad otorgada a la ANCON para seleccionar a las asociaciones, a efectos de determinar las contribuciones, en función de criterios de representatividad, autofinanciamiento, actividad y planes futuros de acción a cumplimentar por estas (art. 123). El art. 121, referido más arriba, hace uso de criterios similares para el otorgamiento del reconocimiento.

La solución es similar a la que establecía el art. 6 de la res. 73/2014 de la Secretaría de Comercio (38) y que fue dejada de lado por la res. 135/2018 por la que “respecto de las contri-

*competenciayconsumidor/2018/03/26/la-real-dimension-de-las-asociaciones-de-consumidores-en-el-peru/*).

(37) En sentido similar, puede verse el destino previsto para los fondos en el art. 35 del proyecto de Ley Nacional de Acceso a la Justicia Colectiva de Consumidores, Trabajadores, el Medioambiente y los derechos de incidencia colectiva en general (expte. diputados 3599-D-2018).

(38) “Las contribuciones financieras que se otorguen a las Asociaciones de Consumidores en lo sucesivo, serán determinadas por la Autoridad de Aplicación establecida en el artículo 3° de la presente medida en función de los criterios de representatividad, incidencia geográfica, indicadores cuantitativos y cualitativos del sector de la población que se beneficia con el desarrollo de sus acciones, actividad y planes de acción a cumplir por dichas asociaciones”.

buciones financieras correspondientes al año 2017 se ha tomado como base un criterio homogéneo y equitativo para la evaluación de los fondos a asignar”, distribuyendo la misma suma para cada una de las entidades.

VII.4. La primera objeción se vinculará con la posibilidad cierta de que se deniegue reconocimiento o se beneficie a algunas entidades en la distribución de recursos, en perjuicio de otras. Chamatropulos expresa su preocupación de que las facultades estatales impliquen un “poder de veto” que se utilice indebidamente (39).

En la medida en que se cumpla con la independencia que el proyecto otorga a la autoridad (art. 124 ss. y concs.) pareciera que el poder de turno no tendría posibilidad de influir negativamente, aunque nuestra historia institucional no siempre permite validar esta idea.

Luego, deberían establecerse por vía reglamentaria criterios objetivos para evitar la discrecionalidad en la interpretación de los parámetros, más allá de que el criterio definitorio deberá exigir como mínimo un trato equitativo para todas las AC.

Por lo demás los criterios de representatividad, autofinanciamiento, actividad y planes futuros parecen adecuados, y deberán analizarse procurando no generar un círculo vicioso: la AC recién constituida tendrá poca representatividad y poca actividad previa, por lo que seguramente requerirá de más ayuda.

(39) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., p. 427.

¿Cómo se interpretarán esos parámetros?

Como bien sostiene Barocelli (40) la representatividad no debe tener en cuenta la cantidad de asociados, sino también la trayectoria, el impacto cualitativo y cuantitativo de sus iniciativas. Es decir que, en definitiva, el criterio se vincula estrechamente con la actividad pasada y futura de la AC.

La referencia al autofinanciamiento podría interpretarse de dos modos contradictorios. ¿Debe ayudarse más a la AC que se autofinancia o a la que no puede hacerlo?

Por eso consideramos que los parámetros deben valorarse necesariamente en permanente diálogo, de modo que la AC que tenga buenos antecedentes o grandes planes futuros pero escasos recursos o nula posibilidad de autofinanciarse reciba la ayuda necesaria.

El modo de distribuir las contribuciones entre las AC podría generar cierta concentración, desalentando la creación de nuevas entidades y fomentando el crecimiento de unas pocas. Tanto más grave sería que la aplicación indebida de estos criterios termine por no otorgar o quitar autorización para que la AC funcione. De ese modo se terminaría perjudicando la democratización del movimiento. Cuanto más AC se encuentren activas, cada una desarrollando la actividad que más conoce y mejor lleva a cabo, mayor será su influencia y eficacia.

(40) BAROCELLI, Sergio S., en *Tratado de derecho del consumidor*, cit., p. 617.

# El Consejo Federal de Consumo en el Proyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor

---

LEONARDO GIANZONE (\*)

## I. Introducción

El 6 de diciembre de 2018, en la ciudad de La Plata, fue presentado públicamente y por primera vez, el “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor” elaborado por la Comisión de Reformas de la ley nacional 24.240.

La tarea fue encomendada a esta comisión por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación, en el año 2017 y, posteriormente articulada con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en el marco del Programa “Justicia 2020”, integrada por prestigiosos juristas, magistrados, autoridades nacionales y especialistas en la materia provenientes de diferentes provincias del país (1) y, tal cual se puso de manifiesto en el mensaje de elevación del anteproyecto, fue el fruto de un gran número de reuniones que se realizaron de manera periódica durante la segunda mitad del año 2017 y todo el año 2018.

---

(\*) Abogado, Facultad de Derecho UNR. Abogado Especialista en Derecho de Daños, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia UCA. Director Provincial de Defensa del Consumidor de Santa Fe (diciembre 2011 - diciembre 2018). Presidente del Consejo Federal del Consumo (COFEDEC) (mayo 2016 - diciembre 2018). Desde el año 2012, es miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor.

(1) Integraron la Comisión de Reformas: STIGLITZ, Gabriel; BLANCO MUIÑO, Fernando; D'ARCHIVIO, María Eugenia; HERNÁNDEZ, Carlos; JAPAZE, María Belén; LEPÍSCOPO, Leonardo; OSSOLA, Federico; PICASSO, Sebastián; SOZZO, Gonzalo; TAMBUSI, Carlos; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto; y WAJNTRAUB, Javier.

Con enorme acierto, la comisión decidió unánimemente proyectar una reforma integral de la ley de defensa del consumidor, en lugar de promover nuevas reformas parciales que, sumadas a la gran cantidad de las que ha sido objeto la ley 24.240 desde su sanción en el año 1993, no hubiera hecho más que añadir modificaciones aisladas o medianamente integradas al resto del texto legal, perjudicando la sistematicidad propia de la herramienta legal que constituye el eje central para la defensa de los consumidores en nuestro país. En las propias palabras de la comisión, varias fueron las razones de esta decisión: “las diversas modificaciones de la que esta ley fue objeto en el lapso de los 25 años de su vigencia; las importantes incorporaciones sobre los derechos del consumidor efectuadas en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994, que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015); los trascendentes cambios que se han producido en estos últimos años en el fenómeno del consumo masivo de bienes y servicios; el impacto de las nuevas tecnologías; la normatividad internacional, y también los Convenios multilaterales de los que la Argentina es parte; y la cada vez mayor tutela de los derechos de los consumidores a nivel nacional, en razón de lo establecido en el art. 42 de nuestra Constitución Nacional, entre muchas otras”.

En este sentido, la reforma propuesta ha tomado el texto vigente de la ley 24.240 y lo ha sistematizado teniendo en cuenta dos cuestiones de vital importancia, según nuestro honesto entender. En primer lugar, la evidente utilidad y vigencia que la LDC ha tenido durante sus veinticinco años de vida para resolver los problemas

y conflictos de los consumidores argentinos y, en segundo término, una mayor eficacia que, desde hace algún tiempo, se reclama a la legislación tuitiva de usuarios y consumidores.

Este doble horizonte ha llevado a que la norma proyectada haya respetado, mantenido y hasta mejorado aquellos institutos que han mostrado evidente utilidad durante este cuarto de siglo de vigencia de la ley 24.240, rediseñándolos en algunos casos y añadiendo, en otros, nuevas herramientas que permitan hacer frente a las problemáticas y desafíos presentes y futuros propios de una sociedad dinámica, moderna y atravesada por nuevos paradigmas como la dignidad de la persona humana, el trato digno y la protección frente a la discriminación, la perspectiva de identidad y género, la contratación electrónica o la protección de las economías familiares frente al acceso al crédito, entre otros.

La comisión ha tomado la actual ley de defensa del consumidor y la ha reconstruido en una norma moderna y ágil, jerarquizando los principios rectores en la materia, en una búsqueda por construir una teoría general y articulándolos de manera que puedan dar solución a las necesidades de una sociedad compleja y en permanente movimiento y que permita hacer frente a la rápida obsolescencia de las herramientas e institutos jurídicos que provocan la globalización, la revolución tecnológica y digital y un mercado en constante movimiento y expansión.

La reforma ha sido proyectada, además, en sintonía con el claro mandato constitucional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y el Código Civil y Comercial de la Nación, dentro del claro marco del diálogo de fuentes propuesto por este último.

La presentación del anteproyecto elaborado por la comisión fue hecha en el marco del Consejo Federal del Consumo (COFEDEC), un día antes de la realización de su 87<sup>a</sup> Asamblea General, decisión que consideramos de un gran valor técnico, jurídico, federal y democrático. En los propios “Fundamentos del Anteproyecto”, la comisión expresamente reconoce que “... se ha nutrido de la experiencia de las autoridades de aplicación, considerando el carácter federal

de nuestro régimen de control administrativo”, experiencia que creemos de vital importancia para la generación y creación de normas e instrumentos legales que alcancen aquella reclamada eficacia.

Esta circunstancia de su presentación, sumada a la consagración expresa del COFEDEC en el texto de la norma proyectada, nos llevan a intentar un humilde análisis sobre este organismo, de enorme importancia para la vigencia y aplicación concreta de los derechos de los consumidores, en tanto nuclea a la totalidad de las autoridades de aplicación nacional y de cada una de las provincias del país y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Si, como adelantamos en párrafos anteriores, uno de los principales objetivos reconocidos por el anteproyecto con miras a una nueva y actualizada legislación, ha sido la búsqueda de una mayor eficacia en la tutela de los consumidores, indudablemente constituye un importante acierto reconocer y dotar de anclaje legal al organismo que engloba a todas aquellas autoridades administrativas a cuyo cargo se encuentra la aplicación concreta y cotidiana de la ley y la protección —casi como primera instancia o en un primer momento— de los usuarios y consumidores.

El objetivo del presente trabajo es analizar, desde una óptica jurídica y política, tanto la historia como el trabajo realizado a lo largo de estos años por el Consejo Federal del Consumo, su desarrollo como organismo público, su impronta y su vigencia actuales y su perspectiva y su proyección futura.

## II. Historia y desarrollo

Originariamente sancionada y promulgada en el año 1993, bajo el número 24.240, la ley de defensa del consumidor previó, desde su entrada en vigencia, una autoridad de aplicación nacional que ejerciera el control y vigilancia de su cumplimiento en todo el territorio del país y, paralelamente, dejó en manos de los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el ejercicio de dichas funciones respecto de aquellos hechos ocurridos en su jurisdicción, estableciendo la actuación concurrente de ambas autoridades. En el orden



nacional, la ley puso estas funciones en cabeza de la Secretaría de Industria y Comercio del Ministerio de Producción de la Nación<sup>(2)</sup> y, posteriormente, cada una de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires fue designando el área que tendría a su cargo el control sobre el cumplimiento de la ley.

La mayoría de las provincias siguió o imitó el modelo nacional, creando o designando como autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor, áreas de gobierno que funcionaban o comenzaron a funcionar dentro de las carteras de comercio en general o de comercio interior en algunos casos, generalmente dentro de los Ministerios de Producción, Industria y/o Comercio. Esto tuvo directa relación con la circunstancia de que, originalmente, se vinculaba a los derechos del consumidor con derechos de carácter económico y con el hecho de que, si bien se reconocía la debilidad jurídica y negocial del consumidor o usuario frente al proveedor y la nueva legislación apuntaba directamente a la creación e introducción de herramientas legales que equipararan dicha relación, lo cierto es que se analizaba al consumidor únicamente desde aquella perspectiva negocial, esto es, en su faz de adquirente o contratante de bienes y servicios.

Es recién luego de la sanción de la Constitución Nacional del año 1994 y de la incorporación del art. 42 entre los nuevos derechos y garantías, así como de los tratados internacionales incorporados al texto constitucional, cuando comienza a ampliarse aquella primigenia concepción del consumidor, acercándola hacia una visión directamente asociada con los derechos humanos y ampliando enormemente sus horizontes y, consiguientemente, la protección del consumidor.

---

(2) En los últimos años la autoridad de aplicación ha sufrido varios cambios. Luego de la reforma en la organización ministerial realizada por la gestión del gobierno nacional que asumió en diciembre de 2015 (dec. 13/2015 del 10 de diciembre de 2015) y finalmente con la decisión administrativa 313/2018 del 13/3/2018, BO 14/3/2018, las funciones de la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor se encuentran bajo la órbita del Ministerio de Producción y en cabeza de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, dependiente de la Secretaría de Comercio Interior.

Naturalmente, con el transcurso de los años y producto de nuestra organización federal y de la disposición del art. 41 de la ley 24.240 que creó una autoridad de aplicación nacional y una por cada una de las jurisdicciones provinciales y de la ciudad autónoma de Buenos Aires, la actuación conjunta de esta multiplicidad de organismos administrativos, fue generando a lo largo de todo el país, resoluciones, sanciones, actuaciones, procedimientos administrativos, audiencias, criterios interpretativos y de aplicación propios respecto de las previsiones legales, multas, etcétera.

Frente a esta situación y con la intención de unificar determinadas cuestiones vinculadas a la aplicación de la LDC así como de las demás cuestiones vinculadas con la defensa del consumidor y con esta novísima rama de la ciencia jurídica que nacía, se instalaba y penetraba cada vez con mayor vigor en la cultura y en el modo de vida de los ciudadanos, fue que las autoridades de aplicación de todo el país, provinciales, nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comenzaron a dar forma a la idea de algún ámbito público que las nucleara de manera permanente y las reuniera periódicamente.

Fue así como en el año 1996, inicialmente de manera voluntaria e “inorgánica”, las autoridades de aplicación empezaron a reunirse y a dar forma a esta idea, dando nacimiento al Consejo Federal del Consumo (COFEDEC), como un organismo formado y creado voluntariamente por sus integrantes, quienes se dieron un estatuto de funcionamiento propio que dio vida al órgano federal por excelencia en la defensa del consumidor en Argentina.

Desde su creación, se han realizado 87 asambleas ordinarias y varias extraordinarias, entre las que se destaca la realizada en la provincia de Tucumán en octubre de 2016, con motivo de la conmemoración del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional.

Durante muchos años, por cuestiones de logística, de costos de traslado y de organización, casi la totalidad de las asambleas del COFEDEC se realizaron en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la sede del Ministerio de Producción en la que funciona la autoridad de aplicación nacional. Muy eventual y esporádicamente el

consejo federal se trasladaba fuera de esa sede como lo hizo, por ejemplo, en el mes de julio de 2012, fecha en la cual sesionó durante dos días en la provincia de Catamarca, en la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca. En algunas oportunidades las asambleas se realizaron en las casas que cada provincia tiene en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como una forma de afirmar el carácter federal del consejo, cuestión que fue y sigue siendo en la actualidad, una cuestión central. Desde su creación se debatió y se hicieron grandes esfuerzos en su seno para respetar, conservar y sostener el federalismo como una cuestión inherente y definitiva del COFEDEC. Por las características propias de la organización federal del país y por la naturaleza misma de su integración y conformación, el federalismo está en el ADN de este organismo. Es un rasgo de identidad propio de su creación, existencia y funcionamiento.

En este sentido y con la clara intención de consolidar esta característica innata, desde el comienzo del año 2016, la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y el Consejo Federal del Consumo asumieron el compromiso de realizar las asambleas fuera del territorio de la capital nacional y trasladarlas a cada una de las provincias del país. De este modo, la totalidad de las asambleas ordinarias y la extraordinaria ya mencionada que se realizó en Tucumán, se realizaron en diferentes lugares del país, reafirmando al federalismo como el eje central del organismo (3).

(3) Las Asambleas Ordinarias que se realizaron en los últimos años fuera de la ciudad de Buenos Aires fueron: 77ª Asamblea Ordinaria en la ciudad de Salta, Pcia. de Salta, mayo de 2016; 78ª Asamblea Ordinaria en la ciudad de Corrientes, Pcia. de Corrientes, agosto de 2016; Asamblea Extraordinaria con motivo del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional, en San Miguel de Tucumán, Pcia. de Tucumán, octubre de 2016; 79ª Asamblea Ordinaria en Resistencia, Pcia. de Chaco, noviembre de 2016; 80ª Asamblea Ordinaria en Ushuaia, Pcia. de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur, febrero de 2017; 81ª Asamblea Ordinaria en Rosario, Pcia. de Santa Fe, junio de 2017; 82ª Asamblea Ordinaria en la ciudad de Mendoza, Pcia. de Mendoza, septiembre de 2017; 83ª Asamblea Ordinaria en Calafate, Pcia. de Santa Cruz, noviembre de 2017; 84ª Asamblea Ordinaria en Paraná, Pcia. de Entre Ríos, marzo de 2018; 85ª Asamblea Ordinaria en la ciudad de San Juan, Pcia. de San Juan, junio de 2018; 86ª Asamblea Ordinaria en Villa La Angostura, Pcia. de Neuquén, septiembre de 2018 y

Tal como lo adelantamos en el punto anterior, el COFEDEC comenzó a funcionar en el año 1996 y de manera bastante informal, inorgánica en sus primeras reuniones, hasta que sus propios integrantes redactaron un estatuto de funcionamiento que, con algunas modificaciones menores, es el que rigió y ordenó la vida del organismo casi hasta la actualidad. Sin perjuicio de ello, desde hace ya varios años, se venía debatiendo y ganaba fuerza la idea de que el COFEDEC debía formalizar su existencia y su funcionamiento y encontrar algún reconocimiento institucional de algún tipo que ampliara las posibilidades de su desarrollo y crecimiento. De este modo, luego de largos años de trabajo y de un prolongado debate, el consejo finalmente aprobó por unanimidad en su 78ª Asamblea Ordinaria realizada en la Corrientes, la decisión elevar el Estatuto al Secretario de Comercio del Ministerio de la Producción de la Nación para que, mediante una resolución, institucionalizara la existencia y el funcionamiento del COFEDEC.

Fue así como, casi un año después, el mismo día en el que se realizaba la 81ª Asamblea Ordinaria en la ciudad de Rosario, Pcia. de Santa Fe, se publicó en el Boletín Oficial la res. 464/2017 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción de la Nación (4) que, en su art. 1º establece: "Institucionalización. Institúyese en el ámbito de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción, el Consejo Federal del Consumo (COFEDEC), que tendrá por finalidad el análisis e intercambio de información entre sus miembros, así como la promoción y cooperación para el desarrollo de políticas públicas relacionadas con la materia de protección al consumidor, su educación y defensa".

Este reconocimiento institucional logrado con grandes esfuerzos y luego de mucho tiempo de trabajo, reconoció al Consejo Federal como un organismo de gran trascendencia e importancia en la defensa y protección de los derechos de los consumidores y lo dotó de una entidad desde la cual comenzó a delinear con mayor vigor el desarrollo de sus funciones y tareas.

la 87ª Asamblea Ordinaria en La Plata, Pcia. de Buenos Aires, diciembre de 2018.

(4) BO 16/6/2017.

La res. 464 consolidó de manera definitiva al Consejo Federal del Consumo, su existencia y su funcionamiento.

### **III. El Consejo Federal del Consumo en la actualidad. Su actuación y funciones. Su importancia**

El Consejo Federal del Consumo (COFEDEC) es un organismo de carácter institucional y federal que promueve la participación, el diálogo y la construcción de una agenda común entre todos los actores provinciales y nacionales y que pretende coordinar, elaborar y promover políticas públicas unificadas en la protección, defensa, educación y promoción de los derechos de los consumidores.

En este sentido y según las actividades y la actuación realizada desde sus comienzos, el consejo se reúne en cuatro asambleas ordinarias anuales, pudiendo por cuestiones que lo ameriten —por su importancia o por su urgencia— o por pedido de la mayoría de sus integrantes, realizar asambleas extraordinarias en la fecha y lugar que lo designe.

De acuerdo con la res. 464/2017, está integrado por las autoridades de aplicación de la ley de defensa del consumidor y análogas de cada provincia del país, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por la autoridad de aplicación nacional (Dirección Nacional de Defensa del Consumidor) (5).

Hasta la fecha ha funcionado ininterrumpidamente y, como hemos detallado, ha realizado 87 Asambleas Ordinarias, renovando sus autoridades periódicamente, cada dos años, desde su creación.

Su funcionamiento está previsto por el artículo 1º dentro del ámbito de la Secretaría de Comercio, dependiente del Ministerio de Producción de la Nación, como organismo permanente de alcance nacional y que tendrá por finalidad —con carácter general— el asesoramiento, análisis e intercambio de información, así como la promoción y cooperación para el desarrollo de políticas públicas relacionadas

con la materia de protección al consumidor, su educación y defensa; para la promoción de la lealtad comercial y para todo lo relacionado con el comercio interior de productos y servicios.

Como instancia federal de coordinación de políticas vinculadas a temas de consumo y, de según el artículo 4º de su estatuto, sus funciones son:

a) Promover la educación del consumidor o usuario con los objetivos de: fortalecer la libertad de elección y optimizar la racionalidad en el consumo de bienes y servicios; facilitar la comprensión y utilización de la información que se brinda a los usuarios y consumidores por parte de los proveedores; difundir el conocimiento de los deberes y derechos de los consumidores y usuarios y la forma más adecuada para ejercerlos; fomentar la prevención de riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios;

b) Propender a la homogeneización de criterios en cuanto a la aplicación de políticas públicas relacionadas con el consumo, incluyendo propuestas de modificación y/o armonización de la normativa vigente en materia de protección al consumidor;

c) Intercambiar información con los sectores productivos a fin de favorecer la mayor eficiencia en la producción y comercialización de los bienes destinados al consumo;

d) Promover la instalación de oficinas públicas de información al consumidor o usuario que cumplan como mínimo las siguientes funciones: la difusión de los resultados de estudios, análisis comparativos, ensayos y controles de calidad sobre productos y servicios; la recepción, registro y acuse de recibo de quejas y reclamos de los consumidores o usuarios y su remisión a las entidades u organismos que corresponden;

e) Estimular la creación de asociaciones de consumidores, manteniendo con ellas un intercambio y colaboración permanentes y llevar registros nacionales y provinciales actualizados de las existentes;

f) Recabar información de entidades públicas y privadas relacionadas con la protección del consumidor;

(5) Art. 2º, res. 464/2017 de la Sec. de Comercio del Ministerio de Producción de la Nación.

g) Solicitar la colaboración de los entes y organismos de control con competencia en la materia para una mejor atención de los problemas de los consumidores y usuarios;

h) Solicitar la colaboración de instituciones públicas y privadas, departamentos especializados de las universidades y cualquier otro organismo técnico para la realización de estudios, análisis comparativos, ensayos y controles de calidad sobre productos o servicios y difundir sus resultados;

i) Proponer a las autoridades competentes el otorgamiento de becas para el personal afectado a las reparticiones, a efectos de su capacitación permanente en la materia de protección al consumidor;

j) Promover el intercambio de información y la colaboración para la realización de acciones destinadas a la protección de los consumidores con organismos internacionales públicos y privados de defensa del consumidor;

k) Brindar asesoramiento al Congreso de la Nación y a las Legislaturas Provinciales en lo referente a la problemática legislación de consumo;

l) Fortalecer las relaciones institucionales con otros organismos oficiales con competencia en consumo o entes reguladores de servicios públicos.

Este organismo, de neta y clara raíz federal, resulta de vital importancia, tanto para un adecuado y correcto diseño, como para la implementación de aquellas políticas públicas dirigidas a mejorar y a profundizar la protección de los consumidores y usuarios de nuestro país.

La organización federal establecida en nuestra Constitución Nacional y a la que ya hemos aludido con anterioridad, necesariamente impone que las autoridades provinciales de aplicación y la autoridad nacional, a pesar de ejercer sus funciones de manera concurrente, coordinen su actuación en aquellas políticas públicas de alcance nacional y esta es la función principal del COFEDEC. Ninguna política de gobierno que pretenda llegar a cada habitante del país puede ser eficazmente elaborada y ejecutada sin la indispensable participación y asistencia de las jurisdicciones provinciales.

En primer lugar, porque en un país con la extensión del nuestro, con realidades e idiosincrasias locales y regionales tan disímiles y diferentes, necesariamente se impone la cooperación y coordinación de todas las provincias para evitar que la misma beneficie solo a una parte de la población y perjudique o deje sin protección al resto. En segundo término, porque su aplicación indefectiblemente requerirá de la autoridad local para colaborar en la difusión, puesta en práctica, desarrollo y en el control y la fiscalización de la misma.

La autoridad nacional no tiene delegaciones en el interior del país y no cuenta con recursos humanos, técnicos y económicos suficientes como para aplicar por sí misma, una medida de este tipo y con semejante alcance y, aun cuando los tuviera, sin dudas redundaría en un dispendio innecesario y superfluo de estos.

En este contexto, y luego de muchos años de “funcionar” casi como un apéndice de la autoridad de aplicación nacional de turno, el Consejo Federal ha revitalizado su funcionamiento y su eminente raíz federal, mediante el fomento y la participación de todas las provincias en cada una de las asambleas, renovando el ejercicio de un diálogo democrático, donde el disenso es parte indispensable y constructiva del mismo y que se prolonga, en muchos casos, hasta alcanzar el consenso necesario para coordinar acciones y defender eficaz y efectivamente a los consumidores argentinos.

El COFEDEC ha logrado, luego de mucho esfuerzo, salir a la luz para comenzar a proponer y a participar de encuentros y espacios de generación de políticas de gobierno en los que resulta importante que los derechos e intereses de los consumidores sean respetados y tenidos en cuenta.

Ha empezado a vincularse con importantes actores del derecho del consumidor como legisladores, docentes y jueces, así como con universidades y ámbitos de educación y difusión académicos, a fin de unificar miradas, conceptos y acciones conjuntas o dirigidas a proteger a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad.

Ha auspiciado, por primera vez desde su creación, un evento académico de alcance nacional

como el “XVI Congreso Argentino de Derecho del Consumidor” realizado durante el mes de marzo del año 2017 en la ciudad de San Carlos de Bariloche y participado, a través de sus autoridades y miembros, de las exposiciones y debates que se produjeron en el mismo, así como de las posteriores ediciones del mismo evento académico. Y mediante estas acciones ha honrado el carácter federal que constituye su esencia misma.

Ha emitido documentos y sugerencias respecto de temas centrales y de actualidad para hacerlos llegar a legisladores nacionales y provinciales, como la modificación al deber de información del artículo 4 de la LDC contenida en el DNU 27/2018, luego derogado; o respecto de la res. 915-E de la Secretaría de Comercio que regula lo relativo a la información requerida para los avisos publicitarios.

Ha participado de eventos y actividades de carácter internacional tales como la asunción de Argentina de la presidencia de la Red de Consumo Seguro y Salud, dependiente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en el marco de la tercera reunión ordinaria anual del plenario de la Red y del taller “La seguridad de los productos en los mercados de las Américas: la evaluación de la conformidad y la protección de la salud de los consumidores”; el taller “Estrategias de Protección al Consumidor en Argentina y Estados Unidos”, organizado por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor organizó junto a la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (Federal Trade Commission), y en el que se analizaron casos de publicidad engañosa, fraude financiero, nuevas estrategias para la educación del consumidor, atención de reclamos y buenas prácticas entre proveedores y consumidores; la XI Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC), realizada en Mendoza en el mes de septiembre de 2017; y en la Segunda Cumbre del Consumidor del G-20 que, bajo el lema “Por una protección al consumidor efectiva e inclusiva”, debatió sobre problemas actuales y globales que afectan a los consumidores en cuanto a la seguridad de los productos, la protección de niños y adolescentes en el mundo digital, las asimetrías de información entre proveedores y consumidores y el desperdicio de alimentos.

#### **IV. Su inclusión en el texto del Anteproyecto. Antecedente normativo. Las normas propuestas**

Con enorme acierto, el anteproyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor incorpora en su texto al Consejo Federal del Consumo, otorgándole la trascendencia institucional que desde tanto tiempo reclama y merece.

Es importante destacar que en la 86ª Asamblea del COFEDEC que se realizó el 7 de septiembre en la ciudad de Villa La Angostura, en la Pcia. de Neuquén, el organismo decidió por unanimidad elevar a la Comisión de Reformas de la ley nacional 24.240, una propuesta de incorporación del consejo federal al texto en elaboración, propuesta que fue inmediatamente aceptada por la comisión e incorporadas las normas sugeridas por aquel y que hoy constituyen los arts. 140 al 143 del anteproyecto de reforma.

Por varias razones, la recepción legislativa del COFEDEC resulta de una gran importancia en cuanto mejora eficaz y eficientemente la protección de consumidores y usuarios de nuestro país.

En primer lugar, la consagración de un organismo de eminente carácter federal como el COFEDEC en el articulado del anteproyecto y su eventual estatus normativo en caso de ser sancionado, constituye un gran paso de gran trascendencia, en clara sintonía con el ya logrado reconocimiento del mismo a través de la ya citada Resolución de la Secretaría de Comercio de la Nación, dotándolo de un anclaje legal acorde con la importancia de las funciones que desarrolla y que le otorga una sólida y permanente existencia en una norma con alcance nacional y prolongada en el tiempo.

Además, se reconoce, desde la propia ley de defensa del consumidor, el papel que desempeñan las autoridades de aplicación no solo a nivel nacional, como lo es en la actualidad, sino también el de las autoridades provinciales que diariamente la aplican, destacándose además, un rol fundamental y que muchas veces pasa desapercibido: su función como generadoras de políticas públicas que trascienden la mera recepción de la denuncia y la defensa del con-

sumidor frente al conflicto en concreto o la sanción de los proveedores que incumplen sus deberes legales, y que se desarrollan y ponen en funcionamiento con miras a la educación y la información del consumidor, a la prevención de daños y la protección de sus intereses, a la concientización respecto de hábitos de consumo saludable y sustentable, entre otras.

Por otra parte, la inclusión del COFEDEC en el texto propuesto por la comisión de reforma, significa y claro reconocimiento a la tarea que desempeñan las autoridades de aplicación de todo el país desde la sanción de la originaria ley 24.240, hace 25 años, y traduce, al mismo tiempo, una concreta intención de la comisión destinada a nutrir al texto proyectado con la experiencia directa y concreta que vayan registrando y consolidando cada una de las jurisdicciones. Al mismo tiempo, permite que aquellas políticas públicas que se generen con pretensión de alcance y aplicación nacional, puedan ser debatidas, consensuadas y, finalmente, llevadas a la práctica en cada rincón de nuestro extenso territorio.

Creemos, más allá de los aciertos apuntados, que el gran mérito que tiene la incorporación del Consejo Federal del Consumo consiste en que forma parte de —en palabras del propio proyecto— un “Diseño Institucional” mucho más amplio, moderno y democrático en el que, a la par que se destaca una autoridad de aplicación autárquica, descentralizada y autónoma y dotada de una clara impronta política e institucional, se la integra en sus funciones y desarrollo de sus tareas, con el resto de los actores vinculados a la protección y a la defensa de los consumidores y usuarios, como las asociaciones de defensa del consumidor, y con el resto de las autoridades de aplicación del país, orgánicamente nucleadas en el COFEDEC.

Tal cual lo adelantamos en algunos párrafos, el antecedente normativo directo de las normas que incorporan al consejo federal al anteproyecto de reforma de la LDC, lo constituye la res. 464-E/2017 de la Secretaría de Comercio de la Nación, derivada a su vez de un amplio y profundo debate que se dio durante largo tiempo en el seno del COFEDEC y que culminó con la redacción y publicación en el boletín oficial de la resolución mencionada.

En tal sentido, el anteproyecto de reforma toma las sugerencias efectuadas por el consejo federal e incorpora a su texto cuatro artículos que establecen la finalidad del COFEDEC, su integración, un detalle minucioso de sus misiones y funciones y una previsión final respecto de las previsiones que las jurisdicciones que lo conforman deberán efectuar para el sostenimiento y funcionamiento del mismo.

De este modo, dentro del “título V” de la norma proyectada y en el marco del “diseño institucional” propuesto por la Comisión de Reforma, el “capítulo 3 - Del Consejo Federal del Consumo” incorpora expresamente al organismo con la clara intención de brindarle un anclaje institucional legal que consolide su funcionamiento y su proyección.

Inicialmente, el art. 140 establece la “Finalidad” del Consejo Federal del Consumo (COFEDEC), reiterando lo vigente en la res. 464 y centrándola en “el análisis e intercambio de información entre sus miembros, relacionada con la protección del consumidor, así como la promoción y cooperación para el desarrollo de políticas públicas relacionadas con la materia, la educación y difusión de sus derechos”, definiendo a la que se añadió la importantísima previsión de “la defensa de los intereses individuales y colectivos” del consumidor.

Seguidamente y del mismo modo, se prevé la tradicional integración del COFEDEC, siendo sus miembros tanto la autoridad nacional de aplicación de la presente ley y sus normas reglamentarias, como las autoridades de aplicación provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El art. 142 enumera detalladamente las “Misiones y Funciones” del COFEDEC y que reiteran las previstas por la resolución de la Secretaría de Comercios y que podemos agrupar como:

a) Aquellas destinadas directamente al consumidor, a su educación e información y a su comprensión, así como a fortalecer sus derechos, su posición jurídica y en el mercado, a la protección y prevención de riesgos para su salud, su integridad física y sus intereses patrimoniales, con especial énfasis en aquellos sujetos “especialmente vulnerables” por sus condiciones sociales, económicas y/o culturales.

b) Las orientadas al propio funcionamiento de las autoridades de aplicación y que se vinculan directamente con sus tareas en tanto garantías de la ley, tales como la homogeneización de criterios en cuanto a la aplicación de políticas públicas relacionadas con la protección de los consumidores, o las propuestas de modificación y/o armonización de la normativa vigente en materia de protección al consumidor.

c) Las que apuntan específicamente a la vinculación y a las relaciones que puedan o deban establecerse entre el COFEDEC y las asociaciones de consumidores, en tanto fundamental actor en la materia, manteniendo con ellas un intercambio y colaboración permanentes y llevar registros nacionales y provinciales actualizados de las existentes; así como aquellas que apuntan a entidades públicas y privadas relacionadas con la protección del consumidor; entes y organismos de control con competencias en la materia; instituciones públicas y privadas, departamentos especializados de las universidades y cualquier otro organismo técnico para la realización de estudios, análisis comparativos, ensayos y controles de calidad sobre productos o servicios y difundir sus resultados; organismos oficiales con competencias en consumo o entes reguladores de servicios públicos; debiendo fortalecer las relaciones institucionales con estos, así como promover el intercambio de información con estos y con los sectores productivos a fin de favorecer la mayor eficiencia en la producción y comercialización de los bienes destinados al consumo; así como el intercambio de información y la colaboración para la realización de acciones destinadas a la protección de los consumidores con organismos internacionales públicos y privados de defensa del consumidor.

d) Las destinadas a mejorar la legislación vigente, brindando asesoramiento a los poderes legislativos nacionales y provinciales; así como a la promoción y fortalecimiento de oficinas públicas de información al consumidor o usuario.

e) Finalmente, la de dictar su propio reglamento de funcionamiento.

Por último, el art. 143 del texto propuesto por la Comisión de Reformas hace referencia al sostenimiento del organismo federal, imponiendo

a todas las jurisdicciones, tanto nacional como provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el deber de prever las partidas presupuestarias suficientes para financiar su adecuado funcionamiento, teniendo en consideración las misiones y funciones que se le asignan en la presente ley. Esta norma de aparente escaso valor jurídico tiene, sin embargo, una enorme importancia para el funcionamiento del consejo y para su desarrollo y su proyección y, sobre todo, para que su actuación pueda desenvolverse de la manera más amplia, democrática e independiente que sea posible, en lógica y coherente sintonía con las características de autonomía, descentralización y autarquía funcional y financiera, establecidas en el texto legal para la propia autoridad de aplicación. La redacción tiene el específico objetivo de dotar al COFEDEC de la independencia suficiente para la realización de sus funciones y con especial énfasis en estas.

## V. Conclusiones

Tal cual lo pusimos de manifiesto en el inicio del presente trabajo y por las razones allí apuntadas, la Comisión de Reformas de la ley nacional 24.240 de Defensa del Consumidor, ha proyectado un texto de un enorme valor jurídico.

Muchos y grandes han sido los aciertos contenidos en el anteproyecto y, entre ellos, la incorporación del Consejo Federal del Consumo constituye un decidido y profundo avance en la defensa y en la protección de los usuarios y consumidores del país.

El diseño constitucional previsto por nuestra carta magna y receptado por la LDC, tiene como consecuencia la coexistencia de una autoridad de aplicación nacional en convivencia con autoridades locales en cada jurisdicción federal, lo que obligó a repensar determinadas cuestiones relativas a su funcionamiento, a fin de que la defensa de los consumidores y usuarios no se traduzca en una mera enunciación de acciones que, a la hora de ponerse en práctica, encuentre obstáculos geográficos o administrativos que impidan una tutela concreta de sus derechos. Del mismo modo, resulta indispensable elaborar herramientas y redimensionar instituciones que permitan una protección uniforme y de alcance universal, capaz de avanzar y profundizar en la defensa de un sector tan vulnerable.

En este contexto, desde hace poco más de veinte años, comenzó a funcionar el Consejo Federal del Consumo como un ámbito institucional y federal de participación y diálogo para la elaboración de una agenda común entre todos los actores provinciales y nacionales con capacidad para unificar, coordinar, y promover políticas públicas de protección, defensa, educación y promoción de los derechos de los consumidores.

En los últimos años, su funcionamiento y su dinámica se han desarrollado y han crecido enormemente y, con gran esfuerzo y trabajo, ha logrado trascender sus objetivos iniciales para comenzar a transformarse en un actor central en la defensa de los consumidores argentinos. Así fue como en junio del 2017 logró su primer reconocimiento institucional con el dictado de la res. 464 de la Secretaría de Comercio de la Nación que, sumado a su constante trabajo, le permitió un reconocimiento público de parte de asociaciones de defensa del consumidor, legisladores, foros e instituciones internacionales, docentes universitarios y eventos académicos a lo largo de todo el país. Al mismo tiempo, producto de la permanente participación de sus miembros en actividades públicas nacionales e internacionales, el consejo comenzó a ser un organismo de consulta y de referencia para diferentes actores del derecho del consumidor.

La incorporación del COFEDEC al texto proyectado por la Comisión de Reformas de la LDC constituye un enorme acierto y un importante avance en materia de protección y defensa de consumidores y usuarios, especialmente desde la faz de la actuación pública del Estado, en tanto garante de derechos y promotor de políticas eficientes y eficaces de tutela efectiva de derechos.

Por un lado, este anclaje legal que se pretende ampare al consejo federal, resulta un merecido reconocimiento a su historia y a su trabajo constante en la defensa concreta de los consumidores de cada rincón del país y un paso más en su consolidación institucional y definitiva. Significa, además, un claro progreso en la materia, en tanto el anteproyecto propuesto ha rediseñado en toda su dimensión a la autoridad de aplicación, abarcando tanto sus funciones como un anclaje institucional moderno e inde-

pendiente que le permita un mejor desempeño de sus tareas en un marco más amplio que incluye una permanente interacción con las asociaciones de defensa del consumidor y el resto de las autoridades de aplicación del país, a través del reconocimiento expreso del COFEDEC como organismo que las integra y nuclea.

En este sentido, constituye un hecho de gran relevancia que el texto final del anteproyecto haya sido presentado públicamente y por primera vez, ante el propio Consejo Federal del Consumo en oportunidad de la celebración de su 87<sup>a</sup> Asamblea en la ciudad de La Plata en diciembre de 2018. Resulta evidente que tanto el anteproyecto, como sus autores, reconocen la importancia del trabajo cotidiano que las autoridades de aplicación realizan, tanto en defensa de intereses concretos de usuarios y consumidores, como así también en el diseño de políticas públicas de prevención, protección, información y educación de carácter y con alcance general; y de este modo inequívoco han decidido plasmarlo en el propio texto de la reforma proyectada.

Si, como expresamente lo enuncia la comisión en los fundamentos del anteproyecto al referirse al sentido de la reforma que se propone, "... el norte debe ser la búsqueda de la eficacia...", no tenemos dudas de que el objetivo se ha logrado con creces.

Celebramos que los autores hayan decidido tomar la experiencia de las autoridades de aplicación del país en el esquema federal impuesto por nuestro régimen de control administrativo y que lo hayan hecho incorporando al COFEDEC dentro del texto propuesto.

Durante muchos años, las universidades, los docentes, la academia, el poder judicial y el poder público, trabajaron y actuaron —en esta materia— absolutamente desconectados, desvinculados, aislados y, en muchas oportunidades, aun desprestigiando o despreciando el trabajo o el ámbito en el que se desempeñaba cada una. Hoy nos enfrentamos a una sociedad compleja, moderna, tecnologizada y global que nos impone, en tanto actores y protagonistas del tiempo que nos toca vivir, la obligación de buscar y encontrar formas de comunicación y de trabajo conjunto, de colaboración y de debate



franco, sincero y honesto que nos permita hacer frente a desafíos propios de un mundo en permanente y vertiginoso avance y progreso.

En el pleno reconocimiento de los méritos y avances que innegablemente supone la reforma proyectada, no nos queda más que poner todo nuestro esfuerzo en su estudio y en su divulgación, con el fin de que sea conocida y, sobre todo, debatida públicamente por toda la sociedad en un sano y constructivo ejercicio democrático de discusión que nos permita la sanción de la mejor norma posible.

Como en alguna oportunidad escuché decir a un gran jurista y amigo santafecino, Gonzalo Sozzo, en referencia al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación —a poco de su sanción—, a esta nueva norma de defensa del consumidor propuesta, “le hace falta cultura”, es decir, le hace falta conocimiento de parte los ciudadanos, aprehensión por la sociedad, asunción de los derechos que establece y de las herramientas que diseña para una mejor tutela de sus individuos y, en ese sentido, pretendemos contribuir humildemente desde estas páginas.



**DEFENSA ADMINISTRATIVA  
DEL CONSUMIDOR Y  
RÉGIMEN SANCIONATORIO**  
.....



# Aciertos y defectos formales reincidentes del procedimiento administrativo de defensa del consumidor

---

LUIS D. BARRY (\*)

## I. Introducción: notas particulares del procedimiento

En primer lugar, agradezco a los directores de esta obra que me invitaron a escribir sobre algunos aspectos del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. En particular, me han solicitado que me enfoque en el capítulo 4 del título V del Anteproyecto (arts. 144 a 161) que regula la defensa administrativa del consumidor, como allí se titula, o dicho de forma más vernácula, el procedimiento sancionatorio que propone el Anteproyecto.

De la sección en comentario me han solicitado que no incluya los artículos sobre Daño Directo (arts. 150 a 154), así que nada diré sobre ese respecto, pues ello será abordado por otros autores.

Desde ya anticipo que no realizaré un comentario exhaustivo de este capítulo, así como tampoco recorreré los artículos repitiendo uno a uno innecesariamente su contenido, sino que me centraré en los aspectos que considero de mayor interés y que se corresponden con el título que elegí. Esto es, me centraré en algunos aciertos (no en todos), así como marcaré algunos defectos formales que considero relevantes (tampoco todos).

Espero que lo que aquí dicho sea tomado como una crítica constructiva hecha por alguien que suele ver el “vaso lleno” en todas las cosas más que el “vaso vacío”, pero a la hora de criticar un anteproyecto soy exigente porque quiero que el “vaso termine lleno”. Sobre todo ante un anteproyecto tan trascendente como el que comentamos en esta obra, en una materia cuyo alcance y regulación todavía no es preciso dimensionar. En efecto, no sabemos hasta dónde llegará la defensa del consumidor.

Con ese espíritu espero sea tomado por quienes se han esforzado en redactar el Anteproyecto en comentario que con buena fe trataron de volcar lo que consideraron más adecuado en esta materia, desde la experiencia y la academia.

Por lo cual, no se encontrará un comentario completo sobre la sección del Anteproyecto que regula el procedimiento, sino ciertos pantallazos que espero ayuden a rescatar lo loable del Anteproyecto y oportunamente corregir los aspectos que humildemente señalo podrían ser mejorados.

Es así que necesariamente me tengo que detener en el diseño institucional, dado que el Anteproyecto regula que ciertas funciones jurisdiccionales sean llevadas a cabo por una nueva autoridad, así como prevé cierta regulación respecto de las autoridades locales.

Aspectos que no puedo evitar si del procedimiento administrativo quiero tratar, dado que

---

(\*) Socio del Estudio Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen.

resulta esencial en primer lugar determinar si las exigencias constitucionales, según la interpretación de la Corte Suprema se cumplen en este caso.

Elemento que resulta esencial para confirmar si el andamiaje sobre el que se sustenta el sistema represivo del Anteproyecto reviste la solidez legal que nuestro sistema constitucional exige, o nos encontramos ante un reincidente ensayo que desconoce la letra de la constitución, así como la particular interpretación en este punto de la Corte. Interpretación que me adelanto a afirmar que no comparto y que considero que no tolera una sana lectura e interpretación de nuestra norma máxima.

No cumplir con la norma constitucional implica no solo sacar sustento al Anteproyecto, sino y más importante, privarnos del juez natural, limitar nuestra defensa en juicio, y ante todo, poner en duda la justicia del sistema. Cuestión esencial de todo sistema democrático maduro.

## II. Primer acierto: “Ángel Estrada” se refiere como guía en la designación de la autoridad de aplicación

El recorrido de los considerandos del Anteproyecto depara una grata sorpresa. El fallo de Corte “Ángel Estrada” (1) habría guiado la creación de la autoridad de aplicación.

En efecto, los considerandos disponen que la autoridad de aplicación (2) habría sido concebida al amparo y guía de los lineamientos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación exigió para el ejercicio de la actividad jurisdiccional por parte del Poder Ejecutivo Nacional. Esto es, la creación y constitución de la Autoridad Nacional del Consumidor (“ANCON”) regulada en el capítulo 2 de ese título respetaría las exigencias del referido *leading case*.

Es así que, casi al finalizar el Capítulo V.4, cuando los considerando del Anteproyecto comienzan a referirse a la ANCON, los redactores indican: “La solución del art. 154, en el que se dispone que para el ejercicio de estas funciones las Autoridades de Aplicación locales deberán

reunir los mismos requisitos establecidos en la ley para la ANCON, tiene su fundamento en el precedente de la CSJN “Ángel Estrada”, en donde se sostuvo que “el principio constitucional de defensa en juicio previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional y la prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales —art. 109—, quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por Ley, su independencia e imparcialidad esté asegurada, el objetivo económico y político considerado por el legislador para crearlos sea razonable y sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente”. Por su parte, el 40 bis vigente agregó la especialización técnica”.

De este modo, los redactores nos anticipan que tuvieron en miras el fallo “Ángel Estrada” a la hora de concebir la autoridad de aplicación. Por lo cual, naturalmente deberíamos asistir a una autoridad creada por ley (lo cual en este caso resultaría obvio), así como el cumplimiento de las exigencias de independencia e imparcialidad, de igual modo la necesidad de una especialización técnica para requerir desviarse de la clara normativa constitucional que priva al Poder Ejecutivo de toda autoridad jurisdiccional.

Los redactores nos anticipan que todo ello podremos encontrarlo en este Anteproyecto, en particular en lo que respecta a la concepción, creación y funcionamiento de la ANCON, al punto que anticipan en los considerandos que “Dichas exigencias se cumplen respecto de la ANCON, que es la Autoridad de Aplicación nacional que se crea en mediante este Anteproyecto”.

Pero no solo eso nos anticipan los considerando del Anteproyecto. También indican que esa vara será, de algún modo, exigida a las autoridades locales de aplicación. Esto es, no solo la ANCON seguiría a Ángel Estrada, sino que esa exigencia también redundaría en las autoridades locales, tal como anticipa el considerando citado, para luego agregar que “No resulta óbice que dichos extremos puedan ser satisfechos por las autoridades locales, lo que habrá de redundar en una mayor calidad institucional. La decisión apunta a fortalecer a estas últimas,

(1) Fallos 328:651

(2) Título V del Anteproyecto - Diseño Institucional.

dotándolas de criterios de uniformidad, en miras de lograr una mayor eficacia de los derechos de los consumidores”.

Es así que el Anteproyecto no solo refiere cumplir con “Ángel Estrada”, sino que se impondría como una exigencia a la autoridad local.

Si bien ya anticipé y me detendré luego en que no comparto totalmente la doctrina de ese fallo, claramente constituye una grata sorpresa que los redactores se hayan impuesto cumplir con las exigencias de la Corte, al tiempo que también sería exigido para las autoridades locales.

Este comentario hasta aquí un poco edulcorado, me obliga a formular algunas preguntas que trataré de responder seguidamente que lleven a poner los “pies sobre la tierra” sobre los verdaderos alcances y consecuencias de lo propuesto en los Considerandos del Anteproyecto. Esas preguntas son:

¿Si el Anteproyecto dice que la nueva autoridad de aplicación cumple con las exigencias de “Ángel Estrada”, que nos está diciendo esto de la actual autoridad de aplicación?

¿Puede, debe y es necesario declamar que se exige “Ángel Estrada” a las autoridades locales?

¿Esa exigencia es veraz? ¿Realmente el art. 154 dispone que se exija “Ángel Estrada” a las autoridades locales?

¿La ANCON cumple con las exigencias de ese fallo o todo esto es una “cortina de humo”?

Paso seguidamente a dar respuesta a esas preguntas.

### **III. Segundo acierto: el rey está desnudo - las autoridades actuales no cumplen con “Ángel Estrada”**

La inclusión de las referencias al fallo “Ángel Estrada” en los considerandos del Anteproyecto me llevó a una primera pregunta. Esto es, determinar si esa referencia a ese fallo y su constitución como guía o lineamientos a seguir tanto para la nueva autoridad que propone el Anteproyecto, la ANCON, como para las autoridades locales significa que las autoridades actuales no cumplen con las exigencias de ese fallo.

Esto es, el Anteproyecto queriéndolo o sin querer nos dice las autoridades actuales no resisten un test constitucional de su actividad jurisdiccional.

Todo ello me llevó a la fábula el Rey está desnudo. Existen numerosas versiones sobre la fábula el Traje Nuevo del Emperador o el Rey está Desnudo, alguna de ellas recogidas por Hans Christian Andersen. Sin tomar como una única versión cualquiera de ellas, la fábula refiere a que unos personajes de dudosa calaña se presentaron ante un rey como grandes y famosos sastres. Luego de disfrutar de las bondades brindadas gratuitamente por ese rey, se les exigió que mostraran sus habilidades en la confección de una rica vestimenta para el rey.

Es así que estos sastres sostuvieron que ellos tenían la particular habilidad de confeccionar una suntuosa vestimenta que solo era vista por quienes no fueran estúpidos, fueran hijos legítimos del padre que todos conocían o fuesen dignos de su cargo, según las distintas versiones de la fábula.

Considerando semejantes particularidades de su trabajo, los pretensos sastres trabajaban en secreto en la excepcional vestimenta, mientras continuaban disfrutando de la buena vida de los cortesanos. El rey ansioso por ver el trabajo de los sastres envió en cierta oportunidad a dos cortesanos para que le contaran sobre los avances. Estos vieron que los sastres trabajaban arduamente, pero no quisieron reconocer que no veían la vestimenta dado que en tal caso serían estúpidos, hijos ilegítimos o no dignos de su cargo. Así fue que le contaron al rey con gran detalle la belleza del trabajo de los sastres.

Finalmente, el rey no pudo con su impaciencia, y fue en persona a ver el trabajo, para llevarse la sorpresa que estaba terminado. De este modo, el rey se probó el traje mientras los sastres simulaban mostrando detalles y destacando ornamentaciones que el rey no se animaba a admitir que no veía. De otro modo, el rey sería un estúpido, hijo ilegítimo o indigno de su cargo.

Finalmente, llegó el día en que el rey estrenaría su particular traje durante una procesión. Allí montado a caballo, nadie se animaba a

decir lo que veía, sino que disimulaban destacando las bellezas que resaltaban la particular ornamentación del rey. Todos por temor a develar las temidas consecuencias que conllevaban no poder ver el traje del rey. Así fue hasta que un niño vio lo que vio y gritó “el rey está desnudo”. Ese grito motivó que de a poco todos fueran admitiendo que no veían el particular ropaje, al punto que el propio rey también confesó que no lo veía.

Ante ello, corrieron raudamente al palacio a buscar a los desvergonzados sastres, quienes ya habían huido con todo el oro y plata que habían podido robar.

Esta fábula nos revela dos enseñanzas: (i) que a veces son solos los niños los que ven las cosas como son o se animan a decirlo; y (ii) que muchos digan que algo es de determinado modo no significa que ello sea cierto.

Llevada esta fábula a nuestro análisis, el Anteproyecto pregunta, cuestiona o grita “el Rey está desnudo”: las autoridades actuales no cumplen con las exigencias de la Corte en el fallo “Ángel Estrada”.

En efecto, más allá de considerar si fueron creadas por ley, es evidente que no tienen la independencia e imparcialidad que el fallo exige. Tampoco está demostrada la necesidad de contar con una autoridad especializada que conlleve a que sea imperioso constituir una autoridad fuera del Poder Judicial, siendo necesaria su existencia en el ámbito del Poder Ejecutivo.

Si por ejemplo comenzamos analizando la actual redacción del art. 41 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor que dispone: “Aplicación nacional y local. La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley” advertimos que la Secretaría de Comercio no puede ser una autoridad imparcial con los alcances del fallo de Corte citado al ser encabezada por un funcionario político, designado por el titular del Poder Ejecutivo.

Tampoco se trata de un cargo para el cual se exija un rigor técnico y especialidad en la materia, por lo que tampoco ese requisito es cumplido.

Ninguna disposición de la actual ley 24.240 explica razonablemente por qué razón es necesario que la autoridad de aplicación esté en cabeza de la Secretaría de Comercio, privando al Poder Judicial del ejercicio de las facultades jurisdiccionales constitucionalmente asignadas.

A igual conclusión se llega cuando se analizan las autoridades de carácter administrativo locales. Ninguna cumple con el rigor y exigencias del fallo “Ángel Estrada”.

Por lo cual, la primera pregunta queda contestada, el Anteproyecto (queriéndolo o sin querer) grita “el Rey está desnudo”.

Ello con el alcance que da la fábula. No hay que temer a decir lo que uno ve, en primer lugar. En segundo, que todas las autoridades locales o nacionales sean constituidas contrariando la manda constitucional no las legitima, así como tampoco que ello ocurra ante la mirada pasiva del Poder Judicial y demás actores de la comunidad.

Espero, por el bien de nuestro sistema republicano y debido reconocimiento de los derechos de los particulares, que prontamente todos los regímenes jurisdiccionales, sean de defensa del consumidor o de cualquier otro, cumplan con las exigencias de nuestra constitución.

#### **IV. Primer desacierto: el Anteproyecto no puede imponer exigencias a las autoridades locales**

Tras el absurdo reguero de sangre que siguió a la independencia de nuestro país, supuestamente vehiculizado en la irreconciliable concepción de federales y unitarios. Nuestra Constitución Nacional declama prontamente que triunfó el sistema federal (3).

Ahora bien, en muchos aspectos pareciera que los que triunfaron fueron los unitarios.

Uno de esos aspectos es el que se ve reflejado en muchas normas que colocan al poder central como tutor de los regímenes locales, tal como si la “barbarie” siguiera imperando en las provincias y ellas solas no pudieran dirigirse, gobernarse o sustentarse.

(3) Art. 1º.



Aparece en muchos casos el poder central como salvador o como un paternal administrador de los destinos de las provincias.

Tal como advertimos, el Anteproyecto anticipa en sus considerandos que “La solución del art. 154, en el que se dispone que para el ejercicio de estas funciones las Autoridades de Aplicación locales deberán reunir los mismos requisitos establecidos en la ley para la ANCON”.

Esto es, el Anteproyecto velaría y exigiría que las autoridades locales cumplan con las exigencias del fallo de Corte “Ángel Estrada” para el ejercicio de actividades jurisdiccionales por parte de la administración.

Claramente esa no debería ser una función del Anteproyecto.

La facultad de constituir la autoridad local es claramente de cada gobierno provincial o de la ciudad Autónoma en cada caso. Aspecto que no está en discusión, al punto que el propio Anteproyecto no lo cuestiona (4). Entonces, el Anteproyecto nada puede decir, ni exigir.

Si esas autoridades no son constituidas cumpliendo las exigencias constitucionales, luego serán las autoridades judiciales competentes quienes invalidarán o convalidarán la actividad jurisdiccional.

De nuevo, el Anteproyecto no tiene nada para decir u ordenar.

En este punto el Anteproyecto parece caer en la tentación de atribuir a la norma federal incumbencias que le son ajenas, olvidando en este punto nuestro sistema federal.

Eso nos lleva a las preguntas formuladas precedentemente, ¿Esa exigencia es veraz? ¿Realmente el art. 154 dispone que se exige “Ángel Estrada” a las autoridades locales?

¿Efectivamente la ANCON cumple con las exigencias del fallo “Ángel Estrada”?

---

(4) De hecho, el art. 155 dispone “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las Provincias dictarán las normas referidas a su actuación como autoridades locales de aplicación”.

## V. Segundo desacierto: la ANCON no es una autoridad independiente y especializada

Tal como vimos hasta ahora, los considerandos del Anteproyecto imponen a la ANCON la “vara” que la Corte dispuso para el ejercicio de actividades jurisdiccionales en el fallo “Ángel Estrada”.

También vimos que el Anteproyecto aspira a que las autoridades locales “deberán reunir los mismos requisitos establecidos en esta ley para la ANCON”.

Ello nos llevó a preguntarnos si efectivamente lo prometido por los considerandos se verifica en los artículos del Anteproyecto respecto de la ANCON.

Sobre este punto creo que vale la pena detenerse brevemente para comprender qué dispone la Constitución Nacional y que interpretó la Corte.

Como principio general, nuestro régimen constitucional no tolera una autoridad jurisdiccional administrativa.

No puede desconocerse que nuestra Carta Magna dispone en su art. 109 que el poder ejecutivo no puede ejercer funciones judiciales (5) y que por su parte el art. 116 de la Constitución Nacional otorga la facultad jurisdiccional de manera exclusiva al Poder Judicial (6).

Hasta allí, no hay mucho para analizar. El Poder Ejecutivo no puede ejercer actividad jurisdiccional alguna.

---

(5) El art. 109 dispone: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

(6) El art. 116 dispone: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

No obstante, en un ya lejano giro inconstitucional se reconoció judicialmente la capacidad jurisdiccional al poder que claramente lo tenía vedado.

Pero para ello, luego de un recorrido sobre la jurisprudencia foránea, buscando donde no se debería encontrar, la Corte impuso una serie de condiciones que vale la pena recordar para convencerse que la letra de la constitución puede obviarse, y donde dice “no” se puede leer “sí” y viceversa.

En esa línea, desde “Fernández Arias con Poggio” (7) la doctrina nacional sostiene de forma bastante pacífica que la atribución de competencia a entidades insertas en los cuadros de la administración que realizan actividades jurisdiccionales exige que el ente sea creado por ley, que sus autoridades sean independientes e imparciales, que el objetivo de su creación por el legislador haya sido razonable y que sus decisiones estén sujetas a un control judicial amplio.

Más recientemente se encuentran los fallos “Litoral Gas” (8) y “Ángel Estrada y Cía.” (9). En este último que impone como referencia en esta materia los considerandos del Anteproyecto, del 5 de abril de 2005, la CSJN sostuvo además que “(...) No cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación”.

Entonces es requisito esencial para el ejercicio de la actividad jurisdiccional administrativa la independencia e imparcialidad del ente que ejerza las funciones jurisdiccionales. Clara-

mente no se puede sostener que un funcionario político goza de la independencia e imparcialidad que la Corte exige, tal como ya vimos.

Por lo cual continuar con el esquema actual no solo contradice la manda del Anteproyecto, sino nuestra Constitución Nacional en la interpretación que hace nuestro Máximo Tribunal para pasar por alto lo claramente dispuesto en sus arts. 109 y 116.

En otras palabras, es cuestionable que el Secretario de Comercio pueda ser la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y, por tanto, sus decisiones podrían ser atacadas de nulidad por no cumplir con la jurisprudencia de la Corte Suprema, poniendo en peligro toda la actuación jurisdiccional y el régimen de defensa del consumidor.

¿Y qué pasa con la ANCON?

Como vimos, el requisito de estar constituida por Ley se cumpliría al momento en que el Anteproyecto sea consagrado legalmente. Pero, ¿sería imparcial e independiente?

El art. 124 que crea la ANCON como organismo autárquico y descentralizado dispone que “Su relación con el Poder Ejecutivo Nacional se mantendrá a través de la Secretaría de Comercio” cuestión cuyo alcance y finalidad no queda clara y solo depara dudas sobre la declarada independencia e imparcialidad.

Luego continúa el Anteproyecto indicando en su art. 125 que la ANCON “gozará de autarquía funcional, financiera y de plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del Derecho Público y Privado”, para agregar que “Su patrimonio estará constituido por los bienes que se le transfieran, por los que adquiera en el futuro por cualquier título y por el presupuesto que se le asigne y los que esta ley determine”. Por lo cual, tiene plena dependencia financiera, al estar atada al presupuesto que se le asigne.

Se advierte que la independencia e imparcialidad puede tener la extensión de su presupuesto.

Pero todo lo dicho que parecería anticipar dudas, se ve confirmado al disponer en el art. 130 que quien termina designando a los miembros de la ANCON es el Poder Ejecutivo. Si bien se

(7) Fallos 247:646.

(8) Fallos 321:776.

(9) Fallos 328:651.

prevé un concurso, cuyas reglas, composición y demás detalles no son brindados, lo cierto que es el Poder Ejecutivo quien decide y designa. Así como también sería ese poder el que destituye, cuestión que no está claramente establecida.

Para mayor abundamiento, ese art. 130 prevé que la Secretaría de Comercio “podrá realizar designaciones en comisión durante el tiempo que insuma el proceso de selección de los candidatos y la sustanciación y resolución de las eventuales oposiciones, que pudieren recibir los que hubieren participado del concurso público”.

Esto último evidencia que, de nuevo, aparece el Secretario de Comercio como autoridad de aplicación, lo cual los precedentes citados no toleran como constitucional.

A ello puede puerilmente oponerse que esa facultad solo sería ejercida por el breve tiempo que lleve el concurso. Digo puerilmente porque en Argentina hemos tenido experiencias del ejercicio transitorio de la autoridad de aplicación por más de 15 años en el caso de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, cuestión que no fue aún corregida por la actual administración pese a sancionar la ley 27.442 (10).

Todo me lleva a ciertamente a dudar sobre la verdadera independencia e imparcialidad de la ANCON.

Pero ello no es todo, como veremos en el capítulo siguiente, el régimen recursivo no importa en todos los casos un control judicial suficiente.

Aún hay más. La Corte exige que la creación de una autoridad administrativa con facultades jurisdiccionales debe estar razonablemente justificada. Por ejemplo, por la necesaria especialización, conjunción de distintas disciplinas, experiencia administrativa en la materia, inmediatez en la solución, etc.

Pues bien, nada de ello se encuentra plasmado en el Anteproyecto. No se justifica por

qué se constituye la ANCON y se priva al Poder Judicial de su actividad jurisdiccional.

Esto, en mi opinión, sella y confirma que no se cumple con las exigencias de la Corte en la materia y la ANCON nacería viciada, con alcances similares a los de la autoridad de aplicación de la actual Ley de Defensa del Consumidor.

Sobre este punto me detengo para sostener que en rigor la doctrina de la Corte es una falacia insostenible desde el punto de vista racional legal.

Sinceramente, en mi experiencia, no resulta sencillo advertir que una autoridad administrativa termine adquiriendo la independencia e imparcialidad que la Corte exige. Los intentos de diversa índole en la materia confirman que es ciertamente difícil que esa independencia se materialice, así como la pretendida imparcialidad.

Pero supongamos por un minuto que se logra. La pregunta que surge, ¿es para qué es necesario que se trate de una autoridad administrativa? A ello se responde el requisito de especialidad.

Sinceramente no me convence.

¿Qué sucede, el Poder Judicial es incapaz de contar con órganos jurisdiccionales especializados?

¿Acaso cada fuero no constituye un órgano especializado?

¿Qué diferencia al Poder Ejecutivo, que sí podría lograr esa especialización, respecto del Poder Judicial que no lo lograría?

La verdad es que lamentablemente la Corte convalidó una autoridad administrativa jurisdiccional a fuerza de borrar la clara norma constitucional.

Preferiría ver a la Corte haciendo cumplir la norma constitucional y no acomodar su letra para convalidar circunstancias convenientes políticas que terminan minando nuestro sistema jurisdiccional y destruyendo el andamiaje constitucional.

(10) A mayor abundamiento, véase BARRY, Luis D., “Antitrust *déjà vu*: El control previo de fusiones y adquisiciones y la autoridad de aplicación independiente”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, diciembre 2018.

Si alguna duda cabe aún sobre la veracidad de lo aquí dicho, adviértase la cantidad de autoridades administrativas con facultades jurisdiccionales existentes(11) o por crearse(12) que confirman que el Poder Ejecutivo se ha transformado en un órgano jurisdiccional.

A todo ello se suma un aspecto que no es menor, ¿Dónde se aplica la ANCON? El Anteproyecto no responde a esta pregunta, dado que no refiere cuáles serían las situaciones que no están cubiertas por las autoridades locales en las cuales la ANCON tendría jurisdicción.

De este modo, cumplí en responder las preguntas formuladas, terminando en una conclusión que arroja ciertas dudas sobre la constitucionalidad de la ANCON.

## VI. Tercer desacierto: no hay revisión judicial suficiente de las medidas de no innovar

Como quedó dicho, entre las exigencias de la Corte para permitir la actividad jurisdiccional administrativa y borrar la clara letra de la Constitución se encuentra el control judicial suficiente.

Pues bien, la ANCON cuenta con facultades para dictar medidas de no innovar. Es así que el art. 148 dispone que “la ANCON contará con las más amplias facultades para disponer medidas técnicas... o dictar medidas de no innovar”.

No tengo que aclarar que no comparto que la autoridad administrativa tenga facultades de dictar medidas de no innovar. Máxime cuando ello es concedido con *las más amplias facultades*, de lo cual parece obviarse si la ANCON tendrá que justificar la verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, aunque creo que no po-

drá eximirse en cualquier caso de las exigencias de todo acto administrativo(13).

En mi opinión la autoridad administrativa podría bien estar facultada a solicitar esa clase de medidas extraordinarias a la autoridad judicial competente, imponiéndose a la autoridad judicial un plazo perentorio para ello(14).

Pero ello no es todo. La autoridad tienen *las más amplias facultades* para dictar medidas de no innovar y los efectos de sus decisiones no son suspendidos si son recurridas. Es así que el citado art. 148 dispone sobre el particular que “En su caso, el recurso de apelación del sumariado respecto de estas últimas será concedido con efecto devolutivo”.

Entonces mientras se sustancia el recurso el administrado debe acatar la medida de no innovar impuesta por un órgano administrativo. Me pregunto ¿Se puede sostener que hay control judicial suficiente si el recurso no suspende la medida de no innovar?

Sinceramente dudo que ello se verifique. Creo que el control judicial suficiente tiene que estar necesariamente acompañado con la limitación en los efectos del acto recurrido que la administración emitió por extraordinaria concesión jurisdiccional.

Si bien es cierto que los actos administrativos gozan de la presunción de legitimidad(15), cabe recordar que en la materia se trata de una actividad administrativa de carácter extraordinaria, de tipo jurisdiccional y de un acto emitido con la excepcionalidad de disponer la no innovación sobre un hecho o acto de particulares. No se trata de un acto administrativo ordinario, sino de tipo jurisdiccional, extraño a la administración y excepcional, tanto en lo que se refiere a la materia (por ser jurisdiccional) como en el objeto (una medida de no innovar).

(11) La Secretaría de Comercio que es la autoridad de aplicación de las leyes 24.240, 22.802 y 27.442, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, el Ente Nacional Regulador del Gas, Comisión Nacional de Valores, la Inspección General de Justicia, el Banco Central de la República Argentina, autoridades administrativas del agua, ambientales, energéticas, entre cientos de otras.

(12) La ANCON, la Secretaría de Comercio como autoridad del proyecto de Ley de Lealtad comercial, la Autoridad Nacional de la Competencia creada por la ley 27.442 de Defensa de la Competencia.

(13) Art. 7º de la ley 19.549.

(14) Tal como la ley 27.442 lo dispone en su art. 30, inc. f).

(15) La presunción de legitimidad está prevista en el art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el que reza: “El acto administrativo regular se presume legítimo, mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente”.

Ciertamente esto se soluciona privando a la autoridad administrativa de la facultad de dictar medidas de no innovar, y facultándola a que lo solicite a la autoridad judicial competente.

Dicho esto, aclaro que el Anteproyecto no trae solo malas noticias. En el siguiente capítulo me refiero a varios aciertos que el Anteproyecto trae en lo que es materia de mi comentario.

## VII. Varios aciertos

### VII.1. Pago del 50% si no apelás

El Anteproyecto trae como novedad un régimen, que se verifica en algunos sistemas locales, de premiar con un 50% de condonación de la sanción si no se apela la resolución.

Es así que el art. 149 dispone que “En los casos de imposición de multa, los infractores podrán cumplir con la sanción impuesta mediante el pago del cincuenta por ciento (50%) de la suma fijada dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución, salvo que figuren como reincidentes en el Registro Público de Infractores de la autoridad de aplicación con más de un antecedente, o que interpongan el recurso directo contra la resolución dictada previsto en el presente artículo”.

Si bien parece un estímulo para evitar la revisión judicial suficiente de los fallos de la ANCON, al tiempo que puede propiciar la aplicación de sanciones no tan elevadas para evitar su recurso, creo que la disposición en análisis constituye un acierto.

En efecto, este mecanismo permite que el administrado pueda asumir prontamente su culpabilidad y cerrar el caso con el pago estimulante de la mitad de la multa.

Esto, en mi experiencia, facilita la pronta corrección de la acción cuestionada por la autoridad por parte del infractor y elimina fases procesales en todos los casos donde la multa se presume será confirmada por la alzada.

Ello al tiempo que limita las cuestiones que serán revisadas, dado que solo se recurrirá lo que se tenga algún grado de certeza que sea modificado por la Justicia, lo cual redundará en

que se concentren los esfuerzos jurisdiccionales en los temas relevantes.

De igual modo permite reducir el siempre importante caudal de casos que llegan a la justicia.

Por lo cual, lo considero un acierto.

## VIII. Eliminación del *solve et repete*

La otra cara acertada del Anteproyecto es que claramente dispone en su art. 149 que el recurso que se imponga contra la resolución sancionatoria tendrá efectos suspensivos (16). Para ello el Anteproyecto no exige el pago de la multa.

De este modo, tal como si se tratara de un movimiento pendular, se abandona la tendencia profundizada en esta década de exigir en todos los casos el pago de la multa para acceder a la revisión judicial de resoluciones condenatorias emitidas por autoridades administrativas, tal como se empezó a exigir en varios regímenes legales (17), tomando el Anteproyecto la tendencia contraria que marcó la ley 27.442 de Defensa de la Competencia en este respecto.

En efecto, advertimos como prontamente algunos regímenes comenzaron a adoptar el cómodamente llamado *solve et repete* para acceder a la alzada, para ahora abandonar ese sistema inconstitucional.

---

(16) El art. 149 dispone que “Los actos administrativos que dispongan sanciones serán impugnables mediante recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las Cámaras de Apelaciones Federales con asiento en las Provincias, según corresponda al lugar de comisión de los hechos, que será concedido en relación, salvo que hubiese mediado en el trámite de las actuaciones rechazo de prueba ofrecida por el proveedor, en cuyo caso será concedido libremente a ese respecto. El recurso deberá interponerse y fundarse ante la misma autoridad que impuso la sanción, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución. La autoridad de aplicación deberá elevar el recurso con su contestación a la Cámara en un plazo de diez (10) días, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido. En todos los casos, el recurso será concedido con efecto suspensivo”.

(17) Esa exigencia se materializó en materia de defensa del consumidor, defensa de la competencia y lealtad comercial.

Es así que en esos casos no solo se exigía el pago de la multa, si no que en todos los supuestos se trataba de autoridades dependientes del Poder Ejecutivo que en muchas oportunidades cometieron atropellos gravísimos sobre los derechos de los administrados.

Siempre sostuve la inconstitucionalidad del *solve et repete* en materia infraccional (18), aunque en lo profesional debo confesar que las decisiones judiciales fueron ambiguas o temerosas en esta materia.

El Anteproyecto se suma a la tendencia de abandonar el *solve et repete* lo cual considero un importante acierto, en línea con la necesaria revisión judicial suficiente de las sanciones impuestas por la administración, respeto a la garantía a la doble instancia y de *in dubio pro reo*.

## IX. La contrapublicidad

Otro aspecto que considero interesante es la consagración de la contrapublicidad para fomentar la autorregulación, de alguna manera, de los administrados.

Es así que el art. 158 del Anteproyecto dispone que “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior y de la orden de cesación de los anuncios o mensajes, se podrá imponer la sanción administrativa de contrapublicidad, al infractor que, a través de la información o publicidad, hubiera incurrido en prácticas engañosas o abusivas. Asimismo, la Autoridad de Aplicación podrá publicar a costa del infractor, conforme el criterio por ésta indicado, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada, en un diario de gran circulación, que deberá ser elegido de modo rotativo. La reglamentación establecerá las pautas de la rectificación publicitaria de forma capaz de eliminar los efectos de la infracción, y que será divulgada por la Autoridad de Aplicación o el responsable, a costa de este último, en la misma forma, frecuencia y dimensión, y prefe-

rentemente por el mismo medio, lugar, espacio y horario”.

Entonces el art. 158 dispone que, sin perjuicio de otras sanciones y de órdenes de cese que haya impuesto la ANCON, entre las cuales se encuentra desde ya la publicidad de la resolución sancionatoria, la ANCON puede imponer la emisión de contrapublicidad en los casos de prácticas engañosas o abusivas.

La reglamentación especificará cómo deberá llevarse a cabo la contrapublicidad, por lo cual hay mucho todavía para aclarar sobre este punto.

No obstante considero inicialmente interesante el novedoso régimen de contrapublicidad, aunque también haré luego alguna crítica sobre su constitucionalidad. En efecto, frente a situaciones extraordinariamente abusivas o engañosas es ciertamente conveniente que el consumidor sea informado correctamente y que el administrado infractor cargue con las consecuencias de sus actos. En ese caso la publicidad rectificatoria o contrapublicidad tendría los mismos alcances que la originaria engañosa y abusiva.

Claramente esta medida tiene que ser de excepción y aplicable solamente en los casos donde tenga razonablemente los efectos deseados de rectificar el abuso y el engaño.

Creo que en la práctica deberían ser pocos los supuestos en que se deba aplicar, y no debería transformarse en un tipo de sanción extendido y habitual. Esto por una serie de razones.

Primero la gravedad del engaño debería ser la motivación de este tipo de sanciones, pero también su razonabilidad. Esto es, la sanción tiene que tener efectos actuales, de otro modo carecería de razonabilidad.

En otras palabras, la contrapublicidad tiene sentido cuando es cumplida en momentos donde el engaño y el abuso tienen plenos efectos para contrarrestar efectivamente su nocividad. La sanción cobra relevancia si es contemporánea con la publicidad engañosa, de otro modo si la publicidad engañosa ya dejó de tener efectos porque ocurrió en el pasado, tuvo efectos puntuales, se desactivó, hubo otras publici-

(18) La gravedad e inconstitucionalidad del *solve et repete* en materia de defensa de la competencia, BARRY, Luis D., “Derecho comercial y de las obligaciones”, *Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, ISSN 0327-4012, nro. 281, 2016, ps. 865-873.

dades posteriores, rectificatorias o no; la contrapublicidad carecería de sentido y solo sería revanchista y prácticamente ridícula.

Es evidente que todos estos elementos solo pueden conjugarse en muy excepcionales circunstancias.

Una norma precursora sobre esta materia es el Código Civil y Comercial que prevé un régimen de contrapublicidad cuando la publicidad:

a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;

b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;

c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad (19).

En esos supuestos el art. 1102 dispone que “Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.

Es evidente que ambas normativas se “pisarían”. Esto es, una misma publicidad podría caer bajo la prohibición del Código y también la del Anteproyecto. En esos casos ¿cabe la doble sanción de contrapublicidad? o ¿Se estaría afectando la garantía *non bis in idem*?

Igual crítica cabe a la circunstancia que el infractor no solo se vería obligado a emitir la contrapublicidad (dos veces si se considerara que no aplica la garantía citada), sino también la

---

(19) Esta descripción está contemplada en el art. 1101.

publicidad de la sanción que impone el art. 157 del Anteproyecto (20).

De forma adicional, la contrapublicidad sería ordenada sin perjuicios de las demás sanciones que prevé el art. 157.

Pareciera que ante tanta sanción y publicaciones concomitantes algún papel tiene que jugar la garantía *non bis in idem*. Como mínimo, no verse expuesto a realizar tres publicaciones como consecuencia de una misma infracción.

## X. Conclusión: cosas buenas y cosas a corregir

Con la limitación que tiene este comentario, creo haber marcado algunas de las varias cuestiones positivas que tiene el Anteproyecto, anticipando que no sería omnicompreensivo este comentario del capítulo en análisis.

En efecto, hay cuestiones que no incluí y que también considero interesantes, tales como una mayor participación del consumidor en el procedimiento (21), así como la posibilidad de asignar al consumidor un porcentaje de la multa impuesta por incumplimiento de los acuerdos conciliatorios (22).

Tampoco fui totalmente abarcativo en las críticas. Por ejemplo, no creo que el Código Civil y Comercial sea la mejor norma supletoria en materia de infracciones (23).

No obstante, he abordado varios de los temas que me parecieron relevantes que, insisto, espero sean tomados por los redactores del Anteproyecto con un ánimo constructivo.

---

(20) Allí se dispone que: “En todos los casos, el infractor deberá publicar la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, consignando la infracción cometida y la sanción aplicada en un diario de gran circulación...”.

(21) Ver art. 147 del Anteproyecto.

(22) Ver art. 156 del Anteproyecto.

(23) Ver art. 149, *in fine*, del Anteproyecto.





# Actuaciones administrativas y esquema sancionatorio de los derechos de los consumidores y usuarios

---

FERNANDO C. MUMARE (\*) Y MARÍA MUMARE (\*\*)

## I. Defensa administrativa del consumidor

El procedimiento administrativo para esta materia es un instrumento que puede permitir un pleno ejercicio de nuestros derechos como consumidores sin necesidad de recurrir a los órganos de justicia, cumpliendo con la manda constitucional de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (art. 42 CN).

La prevención, fiscalización y sanción de las conductas violatorias de la Ley de Defensa del

Consumidor 24.240 con sus modificatorias, así como el corpus protectorio del Código Civil y Comercial y demás leyes complementarias, cuentan en la vía administrativa con una regulación procedimental específica.

El objetivo de las líneas que siguen es dar a conocer el sistema para la protección y defensa de los derechos del consumidor en sede administrativa previsto en el Anteproyecto de la nueva ley de Defensa del Consumidor. Para ello, se seguirá el análisis individual de los principales artículos del “capítulo 4” titulado “Defensa administrativa del consumidor” —ubicado dentro del “Título V” referido al “Diseño institucional”—, indicando sus notas distintivas.

El Anteproyecto de la nueva ley de defensa del consumidor está en concordancia con el art. 42 de la CN. El marco jurídico incorporado en el año 1994, impregnado con el movimiento político imperante, es el origen de la jerarquización de los derechos del consumidor al rango de nuestra Carta Magna (1). En este contexto, se

---

(\*) Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Mar del Plata). Juez de Faltas de la Municipalidad de General Pueyrredón, Provincia de Buenos Aires con competencia específica en Derecho del Consumidor. Profesor por concurso en las asignaturas Teoría Constitucional y Derechos Humanos y Garantías; profesor a cargo de la materia Derechos de los Consumidores y Usuarios, Facultad de Derecho, profesor del doctorado en Derecho Universidad Nacional de Mar del Plata. Autor de numerosos artículos publicados en libros y revistas de su especialidad.

(\*\*) Abogada por Universidad Nacional de Mar del Plata. Distinción graduada sobresaliente: promedio 9,41. Actualmente se desempeña en la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Ayudante Graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata en las asignaturas Teoría General del Derecho y Teoría Constitucional. Auxiliar de investigación en el Grupo de Investigación “Artículo 19”, Departamento de Ciencias Políticas y Sociales y miembro del Observatorio de Derechos del Consumidor, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Alumna de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Facultad de Derecho, Universidad Austral.

---

(1) Sostiene al respecto la Dra. María Angélica Gelli: “(...) A partir de 1990 comenzó un proceso de desregulación y privatización de empresas estatales, en especial de servicios públicos —operado no siempre desde la ortodoxia constitucional, por la utilización de los decretos de necesidad y urgencia— con sustento en los principios de liberalismo económico y en la necesidad de eficacia en la prestación del servicio. En medio de ese impulso privatista con predominio mercantil, actos de fe liberal y retroceso del estado, se produjo la reforma constitucional de 1994 que incorporó algunos de los derechos llamados de tercera generación. Así, la protección de usuarios y consumidores ingresó en la Constitución,

ha regulado el procedimiento administrativo pertinente para proteger a usuarios y consumidores en línea con los institutos que ya prevé la ley 24.240.

Se ratifican figuras como la instancia conciliatoria entre proveedores y consumidores, las medidas preventivas y las sanciones a aplicar por las infracciones cometidas, al entenderse medulares para lograr un sistema ágil y eficiente. Tal como se desprende en los fundamentos del Anteproyecto, se han actualizado y complementado en cuanto a sus alcances y efectos, permitiendo abordar de manera integral la conflictividad y tutelar adecuadamente los derechos de los consumidores.

Se han ajustado los montos de las multas para poder afrontar las conductas que merecen un reproche adecuado. Se introduce expresamente el rol del consumidor en el procedimiento (art. 147) y se incorpora la figura de la “contrapublicidad” (art. 158), a cargo de la Autoridad de Aplicación, instituto que se encontraba ya legislado en el ordenamiento de la Provincia de Buenos Aires (2).

Se incorporan penalidades para los casos de incumplimiento de los acuerdos conciliatorios que se alcanzaren. Esta circunstancia, ya prevista en otros ordenamientos locales (3)

---

mientras que el espacio público disminuía ostensiblemente y cada persona se tornaba usuario vulnerable en un creciente mercado de consumidores”. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, t. I, 4ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 582-583.

(2) Ley 13.133, art. 74: Sin perjuicio de la orden de cesación de los anuncios, se impondrá la sanción administrativa de contrapublicidad al denunciado que a través de la información o publicidad hubiera incurrido en prácticas engañosas o abusivas en infracción a las normas nacionales vigentes y a esta Ley. La rectificación publicitaria será divulgada por el responsable, a sus expensas, en la misma forma, frecuencia, dimensión y preferentemente por el mismo medio, lugar, espacio y horario, de forma capaz de eliminar los efectos de la infracción.

(3) En la provincia de Buenos Aires, en el art. 48 de la ley 13.133 en los siguientes términos: “La incomparecencia injustificada a la audiencia de conciliación y/o el incumplimiento de los acuerdos homologados, se considera violación de la Ley 24.240 y de esta Ley. El infractor será pasible de las sanciones establecidas en

adquiere un matiz particular al regularse, acertadamente, que un porcentaje de la sanción concebida por la conducta sea destinada al consumidor.

Se prevé que al formular la denuncia el consumidor debe ser informado de la posibilidad de peticionar el daño directo. Esta figura, remozada y mucho más ajustada a estándares constitucionales, será estudiada en un capítulo diferente por lo que no será objeto de análisis en el presente artículo.

Como otra nota distintiva se destaca el recurso de apelación previsto para la impugnación de las sanciones impuestas en sede administrativa.

Se destaca especialmente el rol que cumplen las autoridades locales y la importancia de su fortalecimiento a los fines de alcanzar una mayor calidad institucional. El Anteproyecto busca dotarlas de criterios de uniformidad, en miras de lograr una mayor eficacia de los derechos de los consumidores.

## II. El procedimiento administrativo en particular

Como punto de partida corresponde aclarar que la opción por el trámite administrativo no invalida la viabilidad del reclamo en sede judicial en forma paralela. Se constituyen así dos vías que pueden o no tramitar en forma simultánea y brindan al consumidor respuestas de tipo complementario (4).

A continuación, se seguirá el análisis de cada uno de los artículos del Anteproyecto que con-

---

la presente, sin perjuicio del cumplimiento imperativo de las obligaciones que las partes hubieran acordado”.

(4) Esta posición fue sostenida por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de Mar del Plata en los siguientes términos: “[...]El eventual reclamo que pudiera haber efectuado el [consumidor] ante la jurisdicción procurando la revisión del mutuo hipotecario importa el tránsito por un cauce de composición de conflictos individuales que, como tal, dista de cercenar o limitar el ejercicio por la autoridad administrativa de las competencias expresamente atribuidas por la ley 13.133 para la materialización de los derechos de los consumidores y usuarios consagrados en el art. 42 de la Const. Nac., 38 de la local y en la Ley N° 24.240 [...]”, causa nro. 3162-MP2, sentencia del 30/7/2013.

ciernen al procedimiento administrativo, señalando las diferencias con el sistema vigente y puntualizando los aspectos novedosos que se prevén.

“Art. 144.— *Actuaciones administrativas.* La ANCON iniciará actuaciones administrativas de oficio, por acta de inspección, por denuncia de quien invocare un derecho individual, en resguardo de derechos de incidencia colectiva de los consumidores, o por comunicación de autoridad administrativa o judicial, en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la presente ley, sus reglamentaciones y normas complementarias.

“Sin perjuicio de la instancia conciliatoria previa que bajo las modalidades que prevea la ANCON y que corresponda arbitrar entre proveedores y consumidores conforme el tenor y naturaleza del reclamo presentado, se procederá a labrar actuaciones formulando la imputación correspondiente al proveedor o proveedores involucrados, dejando constancia del hecho denunciado o verificado y de las disposiciones presuntamente infringidas, salvo que las circunstancias del caso no ameriten razonablemente la instrucción de sumario o se juzgue pertinente su derivación, en los términos del artículo 139.

“La reglamentación determinará el contenido del acta de infracción y la obligación de entregar una copia al inspeccionado.

“En el expediente se agregará la documentación acompañada y se emplazará al presunto infractor para que dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, presente por escrito su descargo y ofrezca las pruebas que hacen a su derecho.

“En caso de actuaciones por denuncia, su contenido se rige por el principio de informalidad. La autoridad de aplicación deberá asesorar al consumidor respecto a la forma de su presentación, constitución de domicilio físico y electrónico, documentación a acompañar, copias, individualización de los denunciados y demás aspectos que hagan a su contenido. A su vez, deberá informar al denunciante respecto de la posibilidad de peticionar daño directo en términos del artículo 150 y siguientes”.

En relación con el punto bajo examen cabe mencionar que el Anteproyecto es muy amplio

en cuanto a las vías que pueden dar inicio a las actuaciones administrativas, diferenciando la iniciación de oficio o por denuncia, independientemente de quienes resulten legitimados.

El artículo no establece en forma específica que cuando la iniciación del sumario se origine por denuncia se abrirá la instancia conciliatoria. Sin embargo, de la lectura se desprende que habrá una instancia conciliatoria previa, reservando a la autoridad (ANCON) la determinación de la modalidad. En tal sentido entendemos que la autoridad designará la audiencia pertinente, disponiendo en forma expresa que la incomparecencia por parte del denunciado sin causa justificada, dará lugar al dictado del auto de imputación y a la aplicación de las sanciones que correspondan.

Según lo descripto en el Anteproyecto, el procedimiento se inicia a través de actuaciones de oficio, actas de inspección o por comunicación de la autoridad administrativa o judicial, y por denuncia de quien invocare un derecho individual o en resguardo de derechos de incidencia colectiva de consumidores.

La denuncia efectuada da lugar, como mencionáramos anteriormente, al procedimiento conciliatorio. Este, en caso de fracasar, impulsa la etapa sumarial que concluye en una etapa resolutoria prevista por el proyecto en el art. 148.

La normativa prevé con claridad que el Estado puede tomar un curso de acción propio sostenido en:

- realizar inspecciones preventivas y en su caso labrar actuaciones o,
- por denuncia a partir de un conflicto, oportunidad en la cual intervendrá buscando una conciliación.

El artículo también establece la comunicación administrativa o judicial como mecanismo de inicio de las actuaciones. Entendemos que esta vía hace las veces de denuncia para investigar y determinar si hay o no infracción por medio de una inspección. De este modo, avanza sobre las alternativas ya mencionadas, instando a una mayor amplitud en cuanto a la legitimación para dar curso al procedimiento.

*Iniciación de oficio.* Tal y como adelantáramos anteriormente, el Anteproyecto habilita en forma expresa dos variables de actuación de la autoridad administrativa que resultan no excluyentes y, en algunas oportunidades, de carácter complementario.

La normativa inicia desarrollando la actuación de oficio de la administración, lo cual en el caso particular del Anteproyecto daría lugar a la designación de un cuerpo de inspectores especializados que regularmente realicen controles preventivos del cumplimiento normativo.

Se deja en manos de la reglamentación la determinación del contenido del acta de infracción y la obligación de entregar copia al inspeccionado. Creemos que sería apropiado que sea labrada por triplicado, pre-numerada, y que contenga los siguientes requisitos:

a) Lugar, fecha y hora de la inspección. Este requisito es de aquellos indispensables que hacen a la validez de las actuaciones. Si bien el acta no goza de idénticas características que un instrumento público, es sin dudas una declaración testimonial calificada, admitiendo prueba en contrario. La existencia de un vicio en la determinación precisa del lugar, fecha y hora en la cual se ha llevado adelante la inspección, y consecuentemente se labró el documento, hace a la nulidad del acto. Responde al interrogante sobre ¿dónde y cuándo se verificó la infracción?

b) Individualización de la persona cuya actividad es objeto de inspección, tipo y número de documento de identidad y demás circunstancias. Coincidentemente con lo que ha manifestado la doctrina en actuaciones de naturaleza similar, este requisito no parece ser esencial ya que una vez determinado el lugar, la fecha y hora de la comisión de una infracción, puede iniciarse la actuación y confeccionar el acta permitiendo, mediante una investigación posterior, la determinación del o los responsables. Ya veremos luego que se prevé que la autoridad de aplicación cuente con amplias facultades para ordenar diversas diligencias, según lo dispuesto en el art. 148 del Anteproyecto.

c) Domicilio comercial y ramo o actividad. Este requisito sigue los lineamientos del anterior, buscando en la investigación datos para la

determinación de responsabilidades pero que pueden no estar necesariamente indicados en el acta.

d) Domicilio real o social de la persona. Observación importante pero no esencial.

e) Nombre y apellido de la persona con quien se entienda la diligencia, carácter que reviste, identificación y domicilio real. En relación al presente recaudo, será necesario leer el artículo en consonancia con las garantías del derecho de defensa del presunto imputado (arts. 18 CN, 8 y 25 CADH).

f) Determinación clara y precisa del hecho o hechos constitutivos de la infracción y de la disposición legal presuntamente violada. Es el requisito —junto con el relativo a la fecha, hora y lugar— resulta insoslayable y hace a la vida y validez de las actuaciones. Si no hubiera una correcta descripción de un hecho típico sería imposible subsanar el estándar de validez del acta, en particular en lo que hace a la determinación precisa y clara de los hechos constitutivos de la infracción. Este elemento responde a la pregunta principal que da lugar al procedimiento, esto es, ¿qué se constató? Y, ¿cómo se configura?

g) Nombre, apellido y domicilio de los testigos que, a instancias del personal actuante, presenciaron la diligencia y, en caso de no contar con ninguno, expresa constancia de ello. Existe controversia respecto a la ausencia de testigos en este tipo de actuaciones administrativas. Es lógico que no siempre sea factible encontrarlos en todos los procedimientos y que sería absurdo no dar presunción a lo realizado por el inspector que en ese instante representa al Estado. Sin embargo, creemos que resulta conveniente dejar constancia de tal impedimento en el acta para no caer en abusos. Resta aclarar que, al no tener que redargüir de falsedad el instrumento, cualquier testigo en contrario puede poner en crisis las afirmaciones vertidas en el acta.

h) Fecha y hora en que se culminó la diligencia. También importante para dar coherencia al acta, debiendo detenernos en debe dar nota de temporaneidad. Nos permite visualizar el tiempo que llevó la inspección. En fiscalizaciones de alta complejidad necesariamente debe

haber un correlato entre la duración del procedimiento y la profundidad de la inspección.

i) Firma y aclaración del inspector y de los demás intervinientes. Su ausencia daña de nulidad insalvable al acto no pudiendo ser suplido por informes complementarios o actuaciones posteriores. Finalmente, el acta labrada con las formalidades indicadas, debería hacer plena fe en tanto no resulte enervada por otros elementos de juicio.

Como ya mencionáramos, sin perjuicio de la presunción de validez de la que estará dotada el acta en la medida que reúna las formalidades exigidas, se abre la puerta a su confrontación al permitir enervarlas mediante otros elementos de juicio.

La facultad de tomar las medidas que hacen a la búsqueda de la verdad real permite a la autoridad indagar para tener mayores certezas técnicamente comprobables. Esto en modo alguno vulnera el derecho de defensa toda vez que deberá darse traslado tanto de la constatación, pruebas testimoniales, informes periciales como de los elementos técnicos que pudiesen incorporarse a las actuaciones a efectos de que el presunto infractor - imputado, cuente con la totalidad de las herramientas necesarias para efectuar su descargo.

La autoridad de acuerdo a los arts. 146 y 148 del citado Anteproyecto (al cual referiremos en detalle más adelante) puede dictar medidas preventivas que ordenen el cese de la conducta que se reputa violación a la Ley de Defensa del Consumidor y/o sus reglamentaciones. Asimismo, y con la mayor amplitud, se pueden disponer medidas técnicas, admitir pruebas y dictar medidas de no innovar o para mejor proveer. Se podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública al disponer la realización de inspecciones y pericias vinculadas con la aplicación de la ley y cuando sea conveniente, de oficio o a requerimiento de parte, audiencias a las que deban concurrir los denunciantes, damnificados, presuntos infractores, testigos y perito, entre otros.

Conforme surge del artículo, una vez agregada al expediente la documentación acompañada, se emplazará al presunto infractor para que dentro del plazo de 5 (cinco) días hábiles,

presente por escrito su descargo y ofrezca las pruebas que hacen a su derecho.

Cabe resaltar que hasta el momento la legislación no hace mención alguna a la asistencia letrada.

La estructura vertebral de esta parte del procedimiento, en caso de actuación de oficio, se compone de los siguientes pasos:

1. Constatación. Labrado del acta con los recaudos que establezca la reglamentación. Notificación en el mismo acto.

2. Descargo (dentro de los cinco días de notificado): 2.1. Ofrecimiento de prueba; 2.2. Acreditación de personería; 2.3. Constitución de domicilio.

*Iniciación por denuncia.* Se establece a partir de la interposición de la denuncia la obligatoriedad de una etapa conciliatoria. Es interesante la mención al acompañamiento de pruebas, facilitando la viabilización de la denuncia con elementos que hacen a su sustanciación. El conocimiento por parte del denunciado de estos extremos potencia el éxito de la audiencia conciliatoria, evitando dilaciones innecesarias para el estudio de los antecedentes del caso.

Si bien el Anteproyecto no refiere específicamente a su contenido, expresa que se rige por el principio de informalidad. Podemos considerar que, en principio, debería incluir:

- los datos que permitan individualizar al denunciante (y en su caso al autorizado o apoderado para representarlo en tales actuaciones);
- los datos que permitan individualizar a los denunciados con indicación del domicilio de estos;
- una descripción precisa de los hechos motivo de denuncia con expresa referencia a la fecha o al período de tiempo durante el cual se materializaron;
- el ofrecimiento de producción probatorio acompañando la documental e indicando los testigos cuya testimonial será requerida;
- debe ser firmado por quien efectúa la denuncia y

- presentado íntegramente en tantas copias como denunciados hubiere, además del ejemplar original que dará lugar a la formación del expediente.

Hay que poner énfasis en la necesidad de acortar los tiempos ya que la dilación en la audiencia conspira contra la rápida y eficaz conciliación. A tales fines, en la práctica, lo ideal sería que el denunciante sea notificado de la primera audiencia —fijada en forma casi simultánea— en el mismo acto de presentación de la denuncia, restando la notificación a la o las firmas denunciadas.

El procedimiento luce como eficaz en términos del art. 42 de la CN si logra dar un paso y se alcanza la satisfacción de los intereses del consumidor. El mero cumplimiento de una audiencia sin una profunda búsqueda de la conciliación o la dilatación en el tiempo de esta atenta contra los fines propuestos por el legislador.

La estructura vertebral de esta parte del procedimiento, en caso de iniciación por denuncia, se compone de los siguientes pasos:

1. Denuncia (conforme art. 144): abre instancia conciliatoria.

2. Audiencia de conciliación: a. incomparecencia; b. comparecencia de las partes: b1. acuerdo homologado (no amerita razonablemente la instrucción del sumario); b2. sin acuerdo; b3. nueva audiencia (a solicitud de partes).

El artículo expresa la facultad de iniciar actuaciones en resguardo de derechos de incidencia colectiva de los consumidores. Entendemos que podría darse en cualquiera de los supuestos allí establecidos, esto es por denuncia, de oficio, por acta de inspección o por comunicación de autoridad administrativa o judicial dentro de los alcances ya delineados. A partir del art. 43 de la Constitución Nacional y las consideraciones del fallo *Halabi* de la CSJN (Fallos 331:111), podemos inferir que puede ser un reclamo sostenido en un colectivo de intereses individuales homogéneos o en un interés general. En el primer caso, el interés en juego será uno referible con exclusividad a la persona de su titular, pero que puede ser tratado de manera aglutinada frente a una hipótesis de conflicto. El

segundo caso se dará cuando existiendo un sujeto transindividual, el bien sea indivisible. En ambos supuestos deberán cumplirse tres requisitos: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos, que la pretensión esté concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada y, finalmente, que de no reconocerse la legitimación procesal pueda comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir.

La jurisprudencia y los tratados internacionales han dado volumen a este artículo permitiendo una considerable amplitud probatoria, no obstante, la autoridad está facultada para rechazar aquellas medidas que tiendan en forma evidente a dilatar el proceso y no sean pertinentes para el tema en debate.

Resta aclarar que el artículo destaca el carácter disponible de la acción administrativa. Se otorgan amplias facultades a la Autoridad de Aplicación para no instruir sumario en aquellos casos en los que, pese a ser denunciados, por sus especiales circunstancias no lo ameriten o se juzgue pertinente su derivación en los términos del art. 139 (referido a la competencia de las autoridades locales de aplicación).

Finalmente, el artículo impone acertadamente la obligación de asesorar al consumidor respecto a su presentación y a la posibilidad concreta de requerir daño directo en los términos del art. 150. Esta obligación en cabeza de la Autoridad de Aplicación constituye un servicio de verdadera protección al consumidor, informándolo adecuadamente de los derechos que le corresponden a los fines de lograr una efectiva tutela de sus intereses.

“Art. 145.— *Personería. Domicilio.* En su primera presentación, el presunto infractor deberá acreditar personería y constituir domicilio físico y electrónico, a efectos de cursar de manera indistinta las sucesivas notificaciones que requieran la sustanciación de las actuaciones que se instruyan. Cuando no se acredite personería se intimará para que en el término de cinco (5) días hábiles subsane la omisión bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado. Cuando el sumariado no constituya los domicilios referen-

ciados, lo resuelto en las actuaciones se tendrá por notificado en los estrados de la autoridad nacional de aplicación, los días martes y viernes subsiguientes al dictado de la respectiva providencia o resolución”.

El artículo dispone que se emplazará al presunto infractor (lo cual habitualmente es realizado en las actuaciones de oficio mediante entrega de una de las copias del acta labrada), quien dentro de los cinco (5) días hábiles podrán presentar su descargo y ofrecer pruebas que hagan a su derecho ante el organismo interviniente. Debe acreditar personería y constituir domicilio físico y electrónico.

La celeridad del procedimiento debe respetar el ejercicio del debido derecho de defensa y la correspondiente igualdad de armas. Es loable la incorporación de la notificación en los estrados de la autoridad los días martes y viernes, esto posibilita que cualquier intento de impedir el avance del sumario quede trunco y le aporta efectividad al procedimiento evitando manobras dilatorias.

“Art. 146.— *Diligencias probatorias, medidas preventivas y precautorias.* En cualquier momento durante la tramitación de las actuaciones, la autoridad de aplicación podrá ordenar como medida preventiva o precautoria el cese de la conducta que se reputa en violación de esta ley y sus reglamentaciones y normas complementarias, en especial en casos de afectación de derechos de incidencia colectiva.

“Las constancias obrantes en el expediente labrado conforme a lo previsto en este artículo, así como las actas o partes de inspección o constatación efectuadas en dicho marco, las comprobaciones técnicas que se dispusiesen y/o la prueba documental indubitada existente en las actuaciones constituirán prueba suficiente de los hechos así comprobados, salvo en los casos en que resulten desvirtuados por otros medios probatorios.

“Las pruebas se admitirán solamente en caso de existir hechos controvertidos, siempre que no resulten manifiestamente inconducentes o meramente dilatorias. La falta de presentación de descargo por parte del sumariado importará la inexistencia de hechos controvertidos, a los

finés del dictado del acto administrativo definitivo. Contra la resolución que deniegue medidas de prueba sólo se podrá interponer el recurso de reconsideración dentro del plazo de cinco (5) días hábiles. La prueba deberá producirse en el término de diez (10) días hábiles, prorrogables cuando haya causas justificadas, teniéndose por desistida aquella no producida dentro de dicho plazo por causa imputable al infractor”.

Se destaca la facultad conferida a la autoridad administrativa para dictar, en cualquier instancia del procedimiento, medidas preventivas o precautorias, con el fin de hacer cesar la conducta que se reputa en violación a la ley o sus reglamentaciones. Se hace especial hincapié en el dictado de estas decisiones en los casos donde estén afectados derechos de incidencia colectiva. En relación a este punto cobran relevancia los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios que surgieron a partir de la incorporación del instituto de la “prevención del daño” en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1708, 1710 a 1713 y concs.).

De acuerdo al contenido de la norma, la ANCON tendrá amplias facultades investigativas con el objeto de arribar a la verdad material o bien obtener una amigable composición (ver análisis art. 148).

Existiendo hechos controvertidos, una vez admitida la prueba, la reglamentación debería establecer el marco de referencia.

- Prueba documental: debería ser presentada en original o copia debidamente autenticada y acompañarse con el escrito de descargo. En ningún caso se admitiría documentación que no reúna estos requisitos.

- Prueba testimonial: solo se deberían admitir testigos con la individualización de sus nombres, profesión u ocupación y domicilio, debiéndose adjuntar el interrogatorio. Se haría saber el día, hora y que la comparecencia del testigo corre por cuenta exclusiva del presunto infractor, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido.

- Prueba informativa: debería proveerse siempre que no resulte meramente dilatoria,

debiendo el presunto infractor correr con su producción dentro del plazo de prueba bajo apercibimiento de tenerlo por desistido.

- Prueba pericial: se admitiría cuando sea necesario contar con el dictamen de un experto para dilucidar hechos controvertidos en cuestiones que sean materia propia de alguna ciencia, arte y/o profesión, a los efectos de contar con un dictamen técnico científico. El presunto infractor debería proponer a su costa el perito en la especialidad que se trate, y los puntos de la pericia.

La trascendencia del principio *in dubio pro consumidor*, rector del procedimiento en todas sus instancias es un prisma necesario para la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas en la materia que nos ocupa.

Contra la resolución que deniegue medidas de prueba solo se podrá interponer el recurso de reconsideración dentro de los cinco días hábiles. Consideramos que hay que ser realmente flexibles para la admisión de prueba a los efectos de no tener que producir algún tipo de prueba denegada en la instancia de revisión judicial.

“Art. 147.— *Rol del consumidor denunciante.* En caso de actuaciones generadas por denuncia del consumidor, éste tendrá derecho a: 1. Ser informado de las resoluciones vinculadas a la producción de la prueba por el ofrecida; 2. Tomar vista de las actuaciones; 3. Ser notificado del acto administrativo definitivo”.

La incorporación de este artículo constituye una significativa contribución al sistema de protección del consumidor. Se destaca el derecho del consumidor a obtener información relativa a las resoluciones del expediente y a notificarse del acto administrativo definitivo.

Muchas veces, resulta paradójico que, centrándose el sistema normativo en el pilar del debido deber de informar, no se le brindaran al consumidor detalles sobre lo que la Administración resolvió a partir de su reclamo.

Ser notificado del acto administrativo definitivo cobra relevancia para el consumidor de cara a participar en las actuaciones judiciales que puedan iniciarse con posterioridad.

La jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires había avanzado en tal sentido al sostener que “en todos aquellos supuestos en los que la Autoridad Administrativa de Consumo avocada a la etapa resolutoria establecida por la ley 13.133 decida mediante el acto administrativo sancionatorio correspondiente, hacer lugar además a la figura del daño directo (prevista en el art. 40 bis de la ley 24.240), y deducida, en su caso, la acción contenciosa administrativa correspondiente por parte del legitimado pasivo de la sanción y daño directo determinado, deberá el órgano jurisdiccional de primera instancia interviniente, de oficio, o a petición de las partes instar la citación del consumidor en calidad de tercero coadyuvante (art. 10 CPCA)” (5).

El fundamento expuesto en las líneas precedentes traduce la idea de que, fijado un determinado derecho a favor del consumidor por la autoridad administrativa, la tramitación del proceso judicial a sus espaldas podría causarle consecuencias lesivas a sus intereses, encontrándose seriamente comprometida la garantía de defensa en juicio y afectada la cosa juzgada.

En los fallos citados, dictada la sentencia de primera instancia —pese a haberse rechazado la pretensión anulatoria (en cuanto a la multa establecida y el daño directo determinado) y confirmado el derecho fijado a favor del consumidor— la Cámara Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de Mar del Plata, ante la ausencia de participación del consumidor en la calidad referida, declaró la nulidad de todo lo actuado hasta el momento procesal previo a la citación de la audiencia prevista en el art. 41 del CPCA, en tanto entendió que la intervención del tercero coadyuvante no debía ocurrir en un estado avanzado del proceso, so pena de vulnerarse su derecho de defensa.

El Anteproyecto, avanza en este aspecto y reconoce expresamente el derecho del consumidor de ser notificado del resultado del procedimiento. La mención a ser informado de las resoluciones vinculadas a la producción de la prueba ofrecida y a la posibilidad de tomar

(5) Conf. CContencioso administrativo, Departamento Judicial de Mar del Plata, causas 6801, 2/5/2017, y 6832, del 20/4/2017.



vista de las actuaciones refuerzan la tutela del debido proceso.

“Art. 148.— *Resolución definitiva.* Concluidas las diligencias sumariales relacionadas con el trámite de instrucción de las actuaciones, se procederá a dictar el acto administrativo definitivo. Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, la ANCON contará con las más amplias facultades para disponer medidas técnicas, admitir pruebas, disponer medidas probatorias de oficio o dictar medidas de no innovar. En su caso, el recurso de apelación del sumariado respecto de estas últimas será concedido con efecto devolutivo”.

A fin de dotar de mayor precisión a la norma, podríamos enumerar las siguientes funciones y atribuciones de la Autoridad de Aplicación, a modo meramente ilustrativo y sin pretender por ello agotar las opciones de actuación:

- dictar como medida preventiva o precautoria el cese de la conducta en aquellos casos en los que podría verse perjudicado el procedimiento o bien pudieran vulnerarse nuevamente los derechos del consumidor (ver en consonancia las previsiones del art. 146, relativas a la facultad de dictar medidas precautorias o preventivas);
- disponer medidas técnicas tales como informes, análisis, pericias;
- admitir pruebas en diversas instancias del procedimiento, debiendo en su caso retrotraer las actuaciones al estadio oportuno para su tratamiento y producción;
- dictar medidas para mejor proveer, que importen, consultas, solicitud de dictámenes, citación a testimonial y celebración de audiencias orientadas a motivar el cumplimiento por parte de las denunciadas;
- solicitar el auxilio de la fuerza pública al disponer la realización de inspecciones y pericias vinculadas con la aplicación de la ley y cuando disponga de oficio;
- solicitar el auxilio de la fuerza pública a fin de garantizar, a requerimiento de parte, la realización de audiencias a las que deben concurrir los denunciados, damnificados, presuntos infractores, testigos y peritos;

- solicitar la opinión técnica no vinculante de organismos públicos o privados especializados, de Universidades u Organismos Científicos de investigación, o de cualquier otra entidad que pueda colaborar al mejor desarrollo de sus funciones con la finalidad de incrementar o mejorar los recursos humanos y técnicos, tendiente a dotar de virtualidad al procedimiento.

Una vez producida la prueba que hubiera sido ofrecida y admitida, y existiendo constancia de la conclusión de las diligencias sumariales, se procederá al cierre de la instancia conciliatoria, quedando las actuaciones en condiciones de ser resueltas.

El órgano observa si las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas, o bien si ante la existencia de algún vicio es necesario volver atrás a fin de sanear, si fuera posible, el procedimiento llevado a cabo.

Se prevé que en caso apelarse las medidas de no innovar decretadas durante el trámite, el recurso interpuesto por el sumariado será concedido con efecto devolutivo.

A modo de síntesis el procedimiento podría resumirse en los siguientes pasos:

1. Auto de imputación / acta de constatación.
2. Traslado por 5 (cinco) días al imputado/infractor. Descargo y ofrecimiento de prueba.
  - 2.1. No presentación del descargo/descargo extemporáneo.
  - 2.2. Presenta descargo en forma temporánea:
    - 2.2.1. Cuestión de puro derecho.
    - 2.2.2. Ofrecimiento de prueba:
      - 2.2.2.1. Admisible: 10 días para su producción
      - 2.2.2.2. Inadmisible. Reconsideración (5 días).
  3. Cierre del sumario y resolución definitiva.

“Art. 149.— *Apelación.* Los actos administrativos que dispongan sanciones serán impugnables mediante recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las Cámaras de

Apelaciones Federales con asiento en las Provincias, según corresponda al lugar de comisión de los hechos, que será concedido en relación, salvo que hubiese mediado en el trámite de las actuaciones rechazado de prueba ofrecida por el proveedor, en cuyo caso será concedido libremente a ese respecto.

“El recurso deberá interponerse y fundarse ante la misma autoridad que impuso la sanción, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución. La autoridad de aplicación deberá elevar el recurso con su contestación a la Cámara en un plazo de diez (10) días, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido. En todos los casos, el recurso será concedido con efecto suspensivo.

“En los casos de imposición de multa, los infractores podrán cumplir con la sanción impuesta mediante el pago del cincuenta por ciento (50%) de la suma fijada dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución, salvo que figuren como reincidentes en el Registro Público de Infractores de la autoridad de aplicación con más de un antecedente, o que interpongan el recurso directo contra la resolución dictada previsto en el presente artículo. Acreditado el pago y la publicación establecida por el artículo 157 de la presente ley, se procederá al archivo de las actuaciones.

“Resultando la presente ley especial, para resolver cuestiones no previstas expresamente en el procedimiento y sus reglamentaciones, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y específicamente las previsiones del procedimiento sumarísimo, en lo que resultase pertinente”.

Es novedosa la incorporación de la posibilidad de pago con la franquicia del 50% siguiendo el exitoso mecanismo impuesto en la Municipalidad de General Pueyrredón, Provincia de Buenos Aires, mediante la ordenanza 21.640 (6).

(6) En la mencionada normativa se establece un régimen de regularización voluntario de deudas denominado “Plan de Regularización en materia de Defensa del Consumidor”, orientado a aquellos sujetos que hubieren infringido las normas dispuestas por el art. 42 de la CN, art. 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, ley nacional 24.240 y ley provincial 13.133, cuya deuda en

Esta alternativa desalienta la recurribilidad y genera un incentivo para la inmediatez de la mejora del sistema. No obstante, el Anteproyecto restringe el beneficio a quien no cuente con antecedentes que lo encuadren en la figura de reincidente.

El decisorio pone punto final a la actuación administrativa agotando la vía. Para desconformarse está previsto el recurso de apelación. Quien pretenda revisar lo actuado por la Administración cuenta con un plazo de 10 días hábiles para interponer y fundar el recurso, el que deberá presentarse ante la propia autoridad que dictó el acto.

El recurso será concedido en relación, salvo que hubiese mediado en el trámite de las actuaciones rechazo de prueba ofrecida por el proveedor, en cuyo caso será concedido libremente a ese respecto. La autoridad cuenta con 10 días para elevar las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las Cámaras de Apelaciones Federales con asiento en las Provincias según corresponda al lugar de comisión de los hechos.

“Art. 155.— *Procedimiento para las autoridades locales de aplicación.* La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las Provincias dictarán las normas referidas a su actuación como autoridades locales de aplicación”.

La Autoridad Nacional de Aplicación (ANCON) está legislada en el art. 124 del Anteproyecto. El

concepto de multas por infracción a tales disposiciones se encuentre o no en instancia de ejecución judicial. En relación a las multas no judicializadas se establece: “Art. 2º.— Para los supuestos en que las multas aplicadas no se hallaren aún en instancias de ejecución judicial por vía de apremio, ni hubieren sido impugnadas por el infractor mediante acción autónoma, éste podrá optar por acogerse al presente régimen en las siguientes condiciones: Una vez dictada la resolución, se podrá abonar la multa en un único pago contado con una reducción del cincuenta por ciento (50%) del monto impuesto en dicho resolutorio. A solicitud de parte interesada, se podrán celebrar convenios para el pago financiado de la multa impuesta en el resolutorio. La cantidad de cuotas a otorgar será determinada por el Juez de Faltas interviniente, teniendo en cuenta la entidad de la infracción, el monto de la sanción aplicada y demás circunstancias particulares de cada caso concreto [...]”.

art. 139, por su parte, establece que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las Provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en relación al cumplimiento de la ley respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus jurisdicciones. El presente tratamiento está abocado a analizar el procedimiento en el ámbito de la autoridad creado por la ley (ANCON), no alcanzando a las jurisdicciones provinciales. Cada provincia regulará su propio procedimiento, estableciendo o no un régimen municipal para su aplicación.

Mucho se ha debatido sobre la autonomía municipal y, por consiguiente, sobre la competencia de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor en el procedimiento administrativo. Es importante destacar que el art. 123 de la Constitución Nacional establece un régimen heterogéneo de autonomía, que va a estar signado por cada provincia.

La no inclusión en el Anteproyecto —al igual que en la ley 24.240— del régimen municipal está en un correlato con esta posición. La provincia de Buenos Aires, para citar un ejemplo, en uso de sus facultades procedimentales autónomas y en concordancia con el art. 121 de la Carta Magna, ha decidido en su territorio que los municipios que la integran puedan establecer un organismo administrativo para la prevención y etapa sumarial del procedimiento, y otro, para la etapa resolutoria (arts. 79 y ss., ley 13.133).

“Art. 156.— *Incumplimiento de Acuerdos Conciliatorios Homologados.* El incumplimiento de los acuerdos conciliatorios homologados por la ANCON se considerará infracción a esta ley. En tal caso, el infractor será pasible de las sanciones establecidas en la presente, sin perjuicio del cumplimiento imperativo de las obligaciones que las partes hubieran acordado.

“En tal caso, la Autoridad de Aplicación podrá disponer que un porcentaje de dicha multa sea destinado al consumidor, guardando proporción con el objeto y/o monto del acuerdo incumplido. En ningún caso el porcentaje destinado al consumidor podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de un (1) Salario Mí-

nimo, Vital y Móvil ni superior al cincuenta por ciento (50%) de la multa aplicada al infractor”.

El tratamiento del cumplimiento o no de los acuerdos homologados es una de las variables más importantes para la eficacia del sistema. La determinación del incumplimiento como infracción autónoma da virtualidad a la observancia de los acuerdos que hayan sido homologados.

Además, el destino de un porcentaje de la multa al consumidor, proporcional al objeto y/o monto del acuerdo, contribuye a reparar la expectativa trunca del denunciante. El piso mínimo del cincuenta por ciento de un salario mínimo vital y móvil y el tope del cincuenta por ciento del monto de la multa aplicada al infractor constituyen pautas para delimitar el accionar de la Autoridad de Aplicación y evitar soluciones irrazonables.

“Art. 157.— *Régimen sancionatorio.* Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso: 1. Apercibimiento; 2. Multa equivalente a los montos entre uno (1) y cinco mil (5.000) Salarios Mínimos Vitales y Móviles; 3. Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción; 4. Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta (30) días; 5. Suspensión de hasta cinco (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado; 6. La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

“En todos los casos, el infractor deberá publicar la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, consignando la infracción cometida y la sanción aplicada en un diario de gran circulación en el lugar donde aquélla se cometió y que la autoridad de aplicación indique, que deberá ser elegido de modo rotativo. En caso que el infractor desarrolle la actividad por la que fue sancionado en más de una jurisdicción, la autoridad de aplicación podrá ordenar que la publicación se realice en un diario de gran circulación en el país y en uno de cada jurisdicción donde aquél actuare, con

los criterios de selección antes consignados. Cuando la pena aplicada fuere de apercibimiento, la autoridad de aplicación podrá dispensar su publicación, aunque disponiendo su anotación en el Registro de Infractores.

“Sin perjuicio de la facultad de la autoridad de aplicación de publicar la sanción a costa del infractor ante su incumplimiento, la falta de la publicación dispuesta por parte del infractor, previa intimación de la autoridad de aplicación, será pasible de una sanción de multa adicional, cuyo monto no podrá exceder a las dos terceras partes de la multa originalmente aplicada, ni ser inferior a la tercera parte de la misma.

“El cincuenta por ciento (50%) del monto percibido en concepto de multas y otras penalidades impuestas por la autoridad de aplicación conforme el presente artículo será asignado a un fondo especial para el desarrollo de políticas públicas de protección del consumidor. El fondo será administrado por la autoridad nacional de aplicación”.

Si se tiene por verificada la infracción, la autoridad tiene un abanico de alternativas a los efectos de lograr evitar la reiteración de conductas como la sancionada. El éxito del alcance de la resolución deberá ser considerado sobre los índices de reincidencia. Bajo esa premisa, el artículo faculta la aplicación en forma conjunta o independiente, según las circunstancias de cada caso, de las siguientes sanciones: apercibimiento; multa; decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción; clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta (30) días, excepto en los casos que se trate de servicios públicos sujetos a la competencia de entes reguladores u otros organismos de control; suspensión de hasta cinco (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado; la pérdida de concesiones, permiso, habilitación, licencia, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

Se incluye el tema comunicacional. En todos los casos se dispondrá la publicación de la resolución condenatoria a costa del infractor en el diario de mayor circulación de la jurisdicción donde se cometió la infracción.

La información es el eje desde donde debe articularse la defensa de los consumidores y encuentra su eficacia si es obtenida previamente a la elección del proveedor para decidir la compra o contratación. La ley establece un concierto de datos y medios para difundir debidamente el comportamiento del proveedor profundizando con inteligencia que la falta de la publicación dispuesta por parte del infractor, previa intimación de la Autoridad de Aplicación, será pasible de una sanción de multa adicional, cuyo monto no podrá exceder a las dos terceras partes de la multa originalmente aplicada, ni ser inferior a la tercera parte de la misma. Esta herramienta contribuirá a cerrar expedientes que, ante la ausencia de sanción, quedaban eternamente pendientes de publicación.

“Art. 158.— *Contrapublicidad.* Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior y de la orden de cesación de los anuncios o mensajes, se podrá imponer la sanción administrativa de contrapublicidad, al infractor que, a través de la información o publicidad, hubiera incurrido en prácticas engañosas o abusivas.

“Asimismo la Autoridad de Aplicación podrá publicar a costa del infractor, conforme el criterio por ésta indicado, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada, en un diario de gran circulación, que deberá ser elegido de modo rotativo.

“La reglamentación establecerá las pautas de la rectificación publicitaria de forma capaz de eliminar los efectos de la infracción, y que será divulgada por la Autoridad de Aplicación o el responsable, a costa de este último, en la misma forma, frecuencia y dimensión, y preferentemente por el mismo medio, lugar, espacio y horario”.

La redacción de este artículo también recepta un pedido unánime de las autoridades provinciales incorporando este instituto que ya existía en la provincia de Buenos Aires en el art. 74 de la ley 13.133, aunque en el caso del Anteproyecto mejorando su redacción y permitiendo a la autoridad realizar la publicación a costa del infractor. Los alcances de la reglamentación en cuanto a las pautas para eliminar los efectos de la infracción demandarán un trabajo preciso, si se pretende lograr el cumplimiento acabado de la manda.

“Art. 159.— *Denuncias Maliciosas.* Quienes presentaren denuncias maliciosas o sin justa causa ante la autoridad de aplicación, serán sancionados con multa, cuyo monto no podrá superar el equivalente a cinco (5) Salarios Mínimos Vitales y Móviles, sin perjuicio de las que pudieren corresponder por aplicación de las normas civiles y penales”.

La nueva redacción del artículo modifica el vigente art. 48 de la ley 24.240 restringiendo la potencial sanción a 5 (cinco) Salarios Mínimos Vitales y Móviles. Sin dudas la intención es evitar posibles arbitrariedades al sancionar en forma desmesurada ante denuncias realizadas por quien no tenía justa causa o procediera con malicia. Se deja aclarado que la sanción prevista es sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan a las esferas civil y penal.

“Art. 160.— *Aplicación y Graduación de las Sanciones.* En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 157 se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos, o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho. Si el proveedor revistiese la calidad de pequeña o mediana empresa, en los términos de la Ley N° 25.300 y su reglamentación, dicha circunstancia será ponderada a los efectos de la graduación de las sanciones.

“Se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley incurra en otra dentro del término de cinco (5) años desde que haya quedado firme o consentida la sanción”.

El artículo detalla cuidadosamente las pautas que tendrá en cuenta el responsable de determinar la sanción para alcanzar la decisión más ajustada a los fines que persigue la ley. Siguiendo los lineamientos doctrinarios y de acuerdo a lo establecido en el artículo, debemos considerar:

a) *El perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario.* En contadas oportunidades se puede apreciar con exactitud el perjuicio

resultante. No obstante, debe considerarse independientemente que se pueda precisar. Situaciones vergonzantes, un inadecuado trato como cliente, conductas de mala fe, prácticas abusivas, no permiten utilizar la matemática para apreciar el perjuicio. Naturalmente, tal dificultad debe ser absorbida por una actividad diligente de la autoridad con miras a sancionar de un modo efectivo que permita evitar la reiteración de las conductas disvaliosas.

b) *La posición del infractor en el mercado.* En relación a este punto corresponderá remitirse al concepto de posición dominante que surge de la ley de defensa de la competencia. Se ha definido posición dominante como una “posición de fortaleza económica disfrutada por una empresa que le permite a la misma evitar que una competencia efectiva sea mantenida en el mercado relevante, confiriéndole la posibilidad de comportarse en una medida apreciable en forma independiente de sus competidores, clientes y en definitiva de sus consumidores” (7).

La globalización y concentración nos enfrentan a situaciones en las que el reclamante debe lidiar con grandes compañías (varias en el mercado local tienen más de quince o veinte millones de clientes). El rol del Estado debe estar dirigido a reestablecer la igualdad de negociación tan asimétrica y las sanciones que se apliquen deben siempre ser atravesadas por este prisma.

c) *La cuantía del beneficio obtenido.* La cuantía del beneficio no se vislumbra solamente desde el beneficio económico individual de la situación de autos sino contemplando la réplica de la conducta, la difusión y alcance de la actividad y distintas variables de mercado. En compañías de gran escala y/o transnacionales se dificulta poder investigar en torno a la cantidad de clientes que se vieron afectados por la ilegalidad de la conducta.

d) *El grado de intencionalidad.* El grado en muchas circunstancias no puede determinarse

---

(7) WAJNTRAUB, Javier H., “Análisis exegético de la ley. El sistema de control de las cláusulas abusivas”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240 (modif. por leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361)*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 269 y ss.

con precisión, pero si se puede advertir si hubo o no intencionalidad. La subjetividad es la que nos puede determinar el dolo o la culpa.

e) *La gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización.* Se deben evaluar los efectos sociales de la infracción, como los riesgos y perjuicios a los consumidores en general. La sanción debe provocar un cambio de comportamiento por parte del proveedor que logre no repetir la conducta con otros consumidores. El Dr. Juan M. Farina destaca que, “según los parámetros señalados, para determinar la graduación de la pena, la ley tiene en cuenta en qué medida la infracción afecta los intereses colectivos (o difusos), como son los riesgos y perjuicios eventuales para los consumidores en general, lo cual depende de la mayor o menor difusión y requerimiento del producto o servicio en el mercado: cuanto mayor está sea, mayores serán las consecuencias y más grave habrá de ser la sanción” (8).

f) *La reincidencia.* Se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley, incurra en otra de similar naturaleza dentro del término de cinco (5) años de haber quedado firme la resolución que la dispuso.

g) *Las demás circunstancias relevantes del hecho.* Este inciso está destinado a las particularidades de la situación a resolver, debiendo plas-

marse todas las consideraciones que pueden dotar de mayor motivación a la sanción a imponer.

“Art. 161.— *Certificado de deuda. Ejecución.* Vencido el plazo sin que el infractor haya abonado la multa impuesta, la Autoridad de Aplicación emitirá el correspondiente certificado de deuda a efectos de su cobro por vía judicial. La multa impuesta se ejecutará ante Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las Cámaras de Apelaciones Federales con asiento en las Provincias, por el procedimiento de ejecución fiscal.

“El certificado de deuda debe contener el nombre o razón social y el domicilio del infractor; el importe de la multa aplicada; el concepto por el cual fue impuesta; número de la actuación administrativa, la fecha y número de la disposición respectiva y la fecha en que fue notificada, como también la fecha de emisión y firma del funcionario interviniente”.

El cierre del procedimiento administrativo adquiere virtualidad a través de una ejecución fiscal por vía judicial de las multas impuestas a los infractores. Esta previsión implica que las multas no queden reducidas a una mera declaración formal y se materialicen en una efectiva consecuencia disvaliosa para aquellos que han violado la normativa bajo análisis. El detalle del contenido del certificado de deuda hace al resguardo del derecho de defensa en juicio y debido proceso legal, en consonancia con las garantías constitucionales y convencionales imperantes en nuestro sistema jurídico.

(8) FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, ps. 396 y ss.

# El daño directo en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

CECILIA C. DANESI (\*)

## I. Introducción

El anteproyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor realiza una profunda modificación en el microsistema de protección de los derechos de los usuarios y consumidores. Si bien la ley 24.240 (en adelante LDC), desde su entrada en vigor, ha experimentado un sinnúmero de reformas —principalmente con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, también Cód. Civ. y Com.—, lo cierto es que resulta necesario progresar en una resistemización de la LDC. Y que principalmente esté en sintonía con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y el Código Civil y Comercial de la Nación, a fin de dotarla de una parte general que se articule con las relaciones particulares de consumo, en clave multidisciplinar, con el propósito de brindarle herramientas para los desafíos del presente y del futuro, tales como la tutela de la hipervulnerabilidad, la perspectiva de identidad y género que impone el tiempo actual, el acceso al consumo y a la información, la contratación electrónica, el sobreendeudamiento, la dimensión preven-

tiva y colectiva —con el consecuente fortalecimiento de las asociaciones de consumidores y de las autoridades de aplicación—, entre muchas otras.

Además de tomar en consideración la profusa doctrina y jurisprudencia obrante en la materia, como así también las distintas opiniones a través del debate abierto, otro punto destacable que encarna el anteproyecto es la utilización de un variado e interesante abanico de fuentes. Es que —sin dudas— el análisis detenido de la experiencia del derecho comparado, *aggiornado* a la realidad argentina, evidencia provechosos resultados en la práctica. Entre ellas, se tuvieron en cuenta: las “Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor”, (res. 70/186 del 22/12/15 de la Asamblea General); las normas desarrolladas en los sistemas de integración (Mercosur y Unión Europea); las diferentes recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE); la normativa de protección del consumidor latinoamericana (1); las normas especiales de países europeos (2); las leyes

---

(\*) Abogada UBA. Magíster en Derecho de Daños, Universidad de Girona (España) con beca de Fundación Carolina. Tesis calificada con “sobresaliente”. Estudió en las Universidades de Salamanca y Paris 2-Panthéon Assas cursos de especialización en “Contratos y Daños” y “Derecho Continental”, respectivamente. Investigadora y Docente de la UBA en las materias “Obligaciones Civiles y Comerciales” e “Inteligencia Artificial y Derecho”. Autora del libro *Daños ocasionados por la circulación de vehículos* (en Hammurabi) y de varios artículos doctrinarios.

---

(1) Tales como el Código de “Defesa do Consumidor” del Brasil; el de “Protección y defensa del Consumidor” de Perú; la Ley 19.496 sobre “Normas de Protección de los Derechos de los Consumidores”, de Chile; la Ley 1.334 de “Defensa del Consumidor y del Usuario” de Paraguay; la ley 17.250 sobre “Relaciones de Consumo. Defensa del Consumidor” de Uruguay; y la 453 de “Derechos de las Usuarías y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores” del Estado Plurinacional de Bolivia, entre otras.

(2) V.gr., el Código del Consumo italiano, *Code de la Consommation*, el texto refundido de la Ley General para

nacionales: 26.378, “Convención de Personas con Discapacidad”; 26.485, “Sobre protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres”; 26.687, “Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco”; 27.442, “Defensa de la Competencia”; 27.360, “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”; entre otras.

Así las cosas, la controvertida —desde sus inicios— figura del Daño Directo (en adelante también, DD), fue objeto de una exhaustiva reconsideración, lo que concluyó en un articulado que consigue un equilibrio armónico entre las diversas críticas que recibía la regulación anterior.

## II. Evolución normativa

El nacimiento del daño directo en el derecho argentino se remonta a la reforma introducida por el art. 16 de la ley 26.361 (BO 7/4/2008), que prescribía: “Daño directo. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de cinco (5) Canastas Básicas Totales para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC). El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del art. 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor. Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial”.

la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España (Real decreto Legislativo 1/2007), entre otras.

El objetivo de la norma era por demás loable: permitirle a los consumidores y usuarios obtener alguna forma de reparación básica de aquellas microafectaciones cotidianas que, habitualmente, dado su escaso monto, nunca se llevan a los estrados judiciales. Y de esta manera no ver aún más afectados los intereses económicos de los propios consumidores, pues ya no tendrían la obligación de seguir invirtiendo dinero en inicios de contiendas judiciales o de tener que abonarle a un letrado para la simple redacción de una carta documento en pos de una intimación y demás gastos que un abogado podría por su labor demandarle al consumidor (3).

Esa incorporación fue objeto de las más variadas y duras críticas. La primera y la más relevante se centraba en torno a su dudosa constitucionalidad, por cuanto dotaba al Poder Ejecutivo de funciones exclusivamente reservadas al Poder Judicial (art. 109 Constitución Nacional, en adelante también, CN), lo que a todas luces contrariaba una fuerte jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Otros aspectos cuestionados fueron la deficiente redacción empleada para definir el daño directo y también, la limitación impuesta a la autoridad de aplicación en torno al monto indemnizatorio, el que dependía del valor de la Canasta Básica Total para el Hogar que publicaba el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC), organismo por demás cuestionado en aquél momento en cuanto a la veracidad de sus datos (4).

Años más tarde, se reforma el art. 40 bis (a partir del segundo párrafo) a través de la ley 26.993, en el siguiente sentido: “Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los

(3) LAGRUTTA, Samanta R. - LUISI, Cristian R. - SALVUCCI, Diego A., “Daño Directo: un tipo de daño especial e innovador”, SJA del 6/12/2017, p. 79 y JA 2017-IV-1364, LL Online: AP/DOC/1070/2017.

(4) Al respecto ver PICASSO, Sebastián, Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), 1ª ed., Buenos Aires, 2009, t. II, ps. 526-537.



siguientes requisitos: a) La norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) Estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) Sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales<sup>5</sup>.

Si bien se mantuvo la conceptualización del DD en el primer párrafo, lo cierto es que se receptaron varias de las críticas formuladas por la doctrina y la jurisprudencia. Así, se enumeran una serie de requisitos que deben tener los organismos de aplicación, siguiendo principalmente los ejes sentados en el fallo “Ángel Estrada” de la CSJN, que veremos con detenimiento más adelante. Asimismo, se cerró la discusión en torno a las facetas del daño que podían comprender la indemnización, excluyéndose de forma expresa el daño moral, la incapacidad psicofísica sobreviviente, la interferencia al proyecto de vida, etc. Es decir, solo se indemnizaban los daños susceptibles de apreciación pecuniaria. Finalmente, se suprimió el límite cuantitativo pero de forma aparente, por cuanto en el ámbito nacional el auditor solo podía establecer el DD hasta el techo fijado por el art. 27(5).

### III. La regulación del daño directo propuesta por el anteproyecto

El instituto bajo estudio comienza a ser tratado a partir del art. 150, que evidencia a simple vista un contundente y categórico cambio con su antecesor, a saber: “Establecida la existencia de una infracción, y sólo a solicitud del consumidor denunciante, la ANCON queda facultada a ordenar: 1. El pago, en sede administrativa, únicamente de la indemnización del daño emergente que sea consecuencia inmediata o mediata de la lesión a bienes o intereses

objeto de la relación de consumo de naturaleza patrimonial de titularidad del consumidor o usuario; 2. La entrega por el proveedor de un bien equivalente y de las mismas características que el producto defectuoso o vicioso o, a opción del consumidor, su valor dinerario; 3. La restitución de sumas de dinero indebidamente percibidas por el proveedor de bienes y servicios, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 1796 a 1799 del Código Civil y Comercial. En caso de ser solicitado, la condena a restituir deberá también comprender los intereses moratorios que correspondan. Queda excluida la posibilidad de peticionar en esta sede la indemnización de daño moral, lucro cesante y pérdida de chances, cualquiera sea la naturaleza del bien o interés jurídico lesionado, y el daño emergente consecuencia de la lesión a la integridad psicofísica del consumidor o usuario”.

Señalan los fundamentos del anteproyecto que el objetivo consiste en dotar de mayor eficacia a los derechos del consumidor, no solo porque el trámite es más rápido, sino porque no todos los consumidores que quedan insatisfechos en sede administrativa luego promueven la acción judicial. Se evita así la eventual promoción de acciones judiciales, con el consiguiente beneficio de no continuar recargando la labor judicial con juicios de escasa cuantía (6).

Las primeras líneas del artículo ya nos invitan a las consideraciones iniciales. Por un lado, la imperiosa necesidad de que la ANCON (7) determine la infracción para que se admita el DD y, por el otro, la improcedencia de la fijación de oficio de aquél. Cabe destacar que este último punto había suscitado controversias, por cuanto ni la ley 26.361 ni la 26.994 decían nada

(6) Disponible al 9/2/2019 en [https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2018/12/Anteproyecto-Ley-Defensa-del-Consumidor-\\_VFD\\_.pdf](https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2018/12/Anteproyecto-Ley-Defensa-del-Consumidor-_VFD_.pdf).

(7) La Autoridad Nacional del Consumidor (ANCON) es la autoridad de aplicación exclusiva y excluyente de la ley y sus reglamentaciones. Es un organismo autárquico y descentralizado y su relación con el Poder Ejecutivo Nacional se mantendrá a través de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción y Trabajo (o la que en el futuro lo suceda). Asimismo, gozará de autarquía funcional, financiera y de plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del Derecho Público y Privado y fijará su propia estructura orgánica y reglamentación interna de funcionamiento (arts. 124-139).

(5) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, ps. 111-113.

al respecto. La jurisprudencia ha resuelto que era imprescindible el pedido expreso por parte del consumidor (8).

Ahora bien, conforme el art. 151 del anteproyecto, el acto administrativo emitido por la ANCON, que resuelva la solicitud del consumidor, podrá ser apelado por el consumidor o proveedor —con efecto suspensivo— en sede judicial dentro de los diez días hábiles de notificada la resolución. Según el lugar de comisión de los hechos, será la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o las Cámaras de Apelaciones Federales con asiento en las Provincias, las que conocerán los recursos. Asimismo, el recurso será concedido en relación, excepto que hubiese mediado en el trámite de las actuaciones rechazo de prueba ofrecida por el proveedor, en cuyo caso será concedido libremente a ese respecto.

La forma o modo en la que se concede el recurso de apelación se vincula con el procedimiento a seguir con posterioridad a tal acto procesal. Así, el art. 243 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, también, Cód. Proc. Civ. y Com.) (9) establece que “el recurso de apelación será concedido libremente o en relación; y en uno u otro caso, en efecto suspensivo o devolutivo. El recurso contra la sentencia definitiva en el juicio ordinario y en el sumario será concedido libremente. En los demás casos, solo en relación. Procederá siempre en efecto suspensivo, a menos que la ley disponga que lo sea en el devolutivo. Los recursos concedidos en relación lo serán, asimismo, en efecto diferido, cuando la ley así lo disponga”.

Entonces, cuando el recurso se concede en relación (que es la regla) debe ser sostenido en primera instancia, es decir, en el caso del DD en sede administrativa. Y a través de un escrito de-

nominado “memorial”; en cambio, cuando es libremente, se lo fundamenta en la alzada mediante otra presentación que tiene los mismos efectos pero llamado “expresión de agravios”. Lo importante es que, en el primer supuesto (en relación), el recurso no se puede abrir a prueba, invocar hechos nuevos e informar *in voce*, todo lo que sí resulta procedente cuando se concede libremente (10). De ahí que el anteproyecto disponga que, cuando en el transcurso del trámite hubiese mediado rechazo de prueba ofrecida por el proveedor, se concederá libremente pues, este modo de concesión del recurso le permite a aquél producir la prueba que le fuera denegada en sede administrativa, siempre y cuando el superior así lo decida.

Por otra parte, el recurso de apelación produce dos efectos que se vinculan con el momento a partir del cual se ejecuta el pronunciamiento recurrido. El efecto devolutivo, permite la ejecución inmediata del decisorio, no obstante la apelación deducida en su contra; mientras que el efecto suspensivo, posterga la ejecución del pronunciamiento hasta que el tribunal de alzada decida al respecto (11). Es —lógicamente— este último supuesto, el que escoge el anteproyecto, por lo cual, la ejecución de la resolución dictada por la ANCON no se llevará a cabo hasta que resuelva la cámara correspondiente.

Debemos destacar que el citado art. 151 es de suma importancia por cuanto, tiene dicho la Corte que para garantizar el principio constitucional de defensa en juicio (art. 18 CN) y no atentar contra la prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales (art. 109 CN), las decisiones del órgano administrativo

(8) CNFed. Contencioso administrativo, sala II, 21/10/2014, “Swiss Medical SA c. DNCI s/recurso directo de organismo externo”, LL del 13/2/215, p. 4, cit. en CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., t. II, p. 114.

(9) Ese cuerpo normativo se aplicará supletoriamente, específicamente las previsiones del procedimiento sumarísimo y en lo que resultase pertinente, para resolver cuestiones no previstas expresamente en el procedimiento y sus reglamentaciones (art. 149, *in fine*, del anteproyecto).

(10) En la apelación en relación el procedimiento en segunda instancia es más sencillo y limitado, no existe función instructoria y la alzada se limita a decidir el recurso con relación a las constancias del expediente, sin perjuicio que puede ordenar —en los términos del art. 36 del Cód. Proc. Civ. y Com.— una medida para mejor proveer, en tanto que con ellas no se afecte el carácter limitado de esta forma de recurso (PONCE, Carlos R., *Estudio de los procesos civiles. Recursos procesales*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, t. 4, ps. 129-130).

(11) PONCE, Carlos R., *Estudio de los procesos...*, cit., p. 133.

deben estar sujetas a control judicial amplio y suficiente (12).

Otro aspecto importante del anteproyecto, y vinculado con lo mencionado *ut supra*, lo constituye el último párrafo del art. 152 que prescribe que la denegatoria en sede administrativa de la petición del consumidor, no causará cosa juzgada ni tampoco vedará la posibilidad de aquel de presentar el mismo reclamo en sede judicial. Allí, podrá ofrecer todas las pruebas que considere y, además, las actuaciones labradas y lo decidido, constituirán un indicio que, si es incorporado al proceso judicial, deberá ser valorado por el juez al dictar sentencia.

Ello se debe a que, tal como lo explican los fundamentos del anteproyecto, las estrechas limitaciones del proceso administrativo, en particular las probatorias y la etapa de debate, son las que justifican aquella solución legal pues, de lo contrario, quedaría sumamente acotada la protección al consumidor.

Para concluir este apartado, debemos añadir que el anteproyecto específicamente establece que “lo que el proveedor pague al consumidor deberá ser deducido de las indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones incoadas en sede judicial” (art. 152, párrafo anteúltimo). Claramente, esto garantiza que no se produzca un supuesto de enriquecimiento sin causa que acaecería si —por ejemplo— el consumidor recibe dos veces una suma de dinero por el mismo concepto. En ese caso, se habilita la acción de restitución bajo los arts. 1794-1795 del Cód. Civ. y Com. (13).

Veremos a continuación las distintas opciones que puede peticionar el consumidor ante la ANCON y analizaremos cada una de ellas.

#### **IV. Las alternativas del consumidor ante la ANCON y su ejecución en sede judicial**

El anteproyecto enumera las diversas opciones que posee el consumidor para peticionar en sede administrativa. En caso que esta ordene

la restitución de un producto o bien, el pago de una suma de dinero, la resolución firme podrá ser ejecutada en sede judicial. En el último caso, ese decisorio constituirá título ejecutivo a favor del consumidor.

Se llama ejecutorio al título que se basa en una sentencia de un proceso y, ejecutivo, al que se basa en otros títulos distintos de la sentencia, enumerados por ley y surgidos de la voluntad privada de las partes. El trámite ejecutorio es la consecuencia de un proceso de conocimiento o ejecutivo anterior, donde se debatieron los derechos del condenado o por lo menos se constató la habilidad y vigencia del título. Por ello, no es posible debatirlos nuevamente en este período. Otra diferencia es el embargo, el cual es esencial en la ejecución de sentencia (su objeto es la venta de los bienes para el pago del crédito) y es optativo en el juicio ejecutivo (14).

Así las cosas, el juicio ejecutivo constituye la vía procesal a través de la cual tramitarán las pretensiones de ejecución que se sustenten en un título ejecutivo extrajudicial que contenga una obligación de dar sumas de dinero. Mediante esta vía se busca una rápida satisfacción del crédito a través del dictado inmediato de medidas que importan inmovilizar bienes del deudor y su ulterior realización, obteniéndose de esta forma los fondos para pagar al acreedor ejecutante (15).

En suma, se aplicará lo normado por los arts. 520 a 594 del Cód. Proc. Civ. y Com., encuadrándose lo dispuesto por el art. 152 del anteproyecto, en el supuesto del inc. 7 del art. 523 del Cód. Proc. Civ. y Com.

##### ***IV.1. La indemnización del daño emergente***

La primera alternativa enumerada por el anteproyecto es el pago en sede administrativa de la indemnización del daño emergente pero únicamente, el que sea consecuencia inmediata o mediata de la lesión a bienes o intereses objeto

(12) CS, 5/4/2005, “Ángel Estrada y Cía. SA c. Secretaría de Energía y Puertos”, Fallos 328:651, LL Online: AR/JUR/57/2005.

(13) Ver sobre este tema el apart. IV, pto. 3.

(14) FALCÓN, M. Enrique, *Procesos de ejecución, juicio ejecutivo*, Rubinzal Culzoni, t. I, ps. 94-95.

(15) CAMPS, Carlos E., “Contratos de Consumo, títulos ejecutivos y eficacia procesal”, LL del 29/8/2017, p. 1, LL 2017-E-684 y LL Online: AR/DOC/1875/2017.

de la relación de consumo de naturaleza patrimonial de titularidad del consumidor o usuario.

El Código Civil y Comercial de la Nación se refiere al daño patrimonial en su art. 1738, que prescribe que “la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances” y este perjuicio —para ser indemnizable— debe ser directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente (art. 1739, Cód. Civ. y Com.).

El daño material o patrimonial consiste en una lesión al patrimonio de la víctima que se representa en la afectación (total o parcial) de un bien o en un determinado gasto. Es decir, conlleva un menoscabo en un valor económico del sujeto. Este menoscabo conculca intereses patrimoniales individuales o colectivos que integran la esfera de actuación lícita del damnificado y que se divide en daño emergente o lucro cesante (16). El anteproyecto es sumamente claro en este punto y, solamente habilita a la indemnización en concepto de daño emergente cuando provenga de la lesión a bienes o intereses ligados a la relación de consumo.

Además, este primer inciso está estrechamente vinculado con la última parte del mismo artículo, que veda expresamente la posibilidad de reclamar la indemnización por daño extrapatrimonial (art. 1741, Cód. Civ. y Com.), por lucro cesante (art. 1738, Cód. Civ. y Com.) y por la pérdida de chances (art. 1738-1739, Cód. Civ. y Com.). Tampoco será indemnizable el daño emergente producto de la lesión a la integridad psicofísica del consumidor y usuario. De más está decir que estos daños podrán ser peticionados en sede judicial, donde a través de un proceso de conocimiento se podrá producir la prueba idónea para acreditar la existencia y extensión de estos menoscabos. Claramente, comprobar —por ejemplo— la incapacidad psíquica de un sujeto en sede administrativa resulta sumamente dificultoso.

(16) GALDÓS, Jorge M., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, t. VIII, p. 484.

Asimismo, el anteproyecto establece que exclusivamente serán reparables las consecuencias inmediatas y las mediatas. Este punto es de suma relevancia, puesto que nos permite conocer y determinar hasta qué punto (“consecuencias”) se extiende la reparación. Un hecho provoca infinidad de consecuencias, pero no todas ellas serán resarcibles para el Derecho.

Esta norma debe interpretarse en sintonía con el art. 1727 del Cód. Civ. y Com. que define los tipos de consecuencias. Así, las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”; en cambio, las que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Y, las consecuencias mediatas que no pueden prevverse se llaman “consecuencias casuales”.

En comentario a dicho artículo se señala que las consecuencias inmediatas son aquellas que surgen, directamente, como consecuencia del acto mismo, sin que entre este y la consecuencia medie un hecho distinto. Es cierto que la norma se refiere a las “que acostumbra suceder conforme el curso natural y ordinario de las cosas”; pero esta última es una característica tanto de las consecuencias inmediatas como de las mediatas, que guardan relación adecuada de causalidad con el hecho ilícito (17).

#### **IV.2. La entrega de un bien equivalente o su valor dinerario**

Otra de las opciones posibles es que la ANCON ordene al proveedor entregar al consumidor: un bien semejante y que posea de las mismas características que el producto defectuoso o vicioso o, su equivalente en dinero. Esta opción queda en cabeza del consumidor, quien posee absoluta libertad de elegir por una u otra.

En el último caso, y ante los incesantes procesos inflacionarios que atraviesa nuestro país,

(17) PICCASO, Sebastián - SÁENZ, Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, HERRERA, Marisa - PICASSO, Sebastián - CAMELO, Gustavo (dirs.), Infofus, Buenos Aires, t. IV, p. 432. Disponible al 10/2/2019 en [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Nacion\\_Comentado\\_Tomo\\_IV.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf).

deberá efectuarse la cuantificación del bien a la fecha en que deba entregarse el “equivalente en dinero” al consumidor, es decir, a la fecha de pago. De lo contrario (abonar el valor del bien al momento en que se celebró el contrato), el consumidor quedaría en desventaja, pues con esa suma de dinero no podría adquirir el bien.

En el supuesto que se escoja la primera alternativa (el pago en especie), deberá otorgarse al consumidor exactamente el mismo producto y, en caso de imposibilidad, uno de mayor calidad en virtud del *in dubio pro consumidor* que rige la relación de consumo (art. 49 del anteproyecto y arts. 7º y 1094 del Cód. Civ. y Com.).

Advertimos una notoria diferencia con el supuesto de “reparación no satisfactoria”, donde además de habilitarse las dos alternativas comentadas, también se brinda la posibilidad de optar por “la sustitución de la cosa adquirida por una cosa de idéntica característica, u otro económicamente equivalente comercializada por el proveedor” (art. 61 del anteproyecto, el destacado me pertenece), supuesto este último no contenido en el art. 150.

#### IV.3. La restitución de las sumas de dinero

Finalmente, el consumidor puede solicitar la devolución de las sumas de dinero indebidamente percibidas por el proveedor de bienes y servicios de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 1796 a 1799 del Cód. Civ. y Com., es decir, se configura un supuesto de pago indebido, el que se ubica dentro del enriquecimiento sin causa.

Cuando existe un desplazamiento patrimonial, el ordenamiento jurídico exige que este posea una causa que lo justifique, caso contrario, será reputado ilícito dado que alguien se estará enriqueciendo injustificadamente. Al ocurrir ello, quien obtiene esa ventaja patrimonial debe restituir al empobrecido aquello que ha provocado dicho enriquecimiento, por lo que nace en cabeza de este último la facultad de ejercer una acción (*in rem verso*) destinada a conseguir la restitución de lo que ha enriquecido ilícitamente al demandado (18).

(18) CALVO COSTA, Carlos, *Derecho de las obligaciones, I, Derecho de daños*, Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 2016, p. 78.

Así, el encuadre legal de dicho instituto se encuentra en el art. 1794 del Cód. Civ. y Com. que establece que “toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda”.

El pago indebido, cuyo fundamento radica en la equidad, es una fuente de obligaciones y una especie dentro del enriquecimiento sin causa. Acaece cuando el *accipiens* no se encuentra habilitado para retener lo abonado por el *solvens*, quien está facultado a exigir a aquel la restitución de lo entregado mediando una acción judicial de repetición. Conforme las reglas generales, cuando el pago carece de causa fuente, bastará con la demostración de la transferencia patrimonial y de la falta de dicha causa. La prueba sobre la anulación o resolución de la deuda, o sobre el hecho de que no nació la obligación, recaerá sobre quien invoca tal extremo (conf. art. 1736, Cód. Civ. y Com.) (19).

Asimismo, y en virtud de los términos del art. 1798 del Cód. Civ. y Com., la repetición obliga a restituir lo recibido bajo las reglas de las obligaciones de dar para restituir, es decir, se aplican los arts. 759 a 761 del mismo cuerpo normativo.

Por último, el inc. 3 del art. 150 del anteproyecto regula que la restitución deberá comprender los intereses moratorios que correspondan. Tal como es sabido, los intereses son aumentos paulatinos que devengan las deudas dinerarias durante un tiempo determinado ya sea por la contraprestación por el uso del capital ajeno (denominados lucrativos o compensatorios) o como indemnización en el retardo del cumplimiento de la obligación (los llamados moratorios o punitivos) (20). El interés moratorio cons-

(19) WIERZBA, Sandra, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, t. VIII, p. 713; CALVO COSTA, Carlos, *Derecho de las obligaciones, I, Derecho de daños*, Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 2016, p. 79.

(20) CALVO COSTA, Carlos, *Derecho de las Obligaciones, I, Derecho de Daños*, Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 2016, p. 271.

tituye exclusivamente la indemnización por el retardo injustificado en el cumplimiento de la obligación dineraria y se devengan, *ipso iure*, a partir de la mora, por expresa disposición legal (21).

En el caso de las sumas indebidamente percibidas por el proveedor, este deberá restituir las con más los intereses moratorios que se devengarán desde el día en que recibió la suma de dinero. En cuanto a la tasa de interés, la tasa se determinará por: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central (conf. art. 768, Cód. Civ. y Com.).

### V. El deber de información en sede administrativa

La obligación de informar al consumidor tiene arraigo legal desde los orígenes de la ley 24.240. Aquella debe ser veraz, detallada, eficaz y suficiente y, con el paso del tiempo, sus exigencias se incrementaron. El anteproyecto le otorga un rol protagónico —junto con la seguridad— al punto tal que lo expande, por cuanto no se lo limita exclusivamente a la relación jurídica entablada entre proveedor y consumidor.

En los fundamentos, se expresa que “se asiste a un fenómeno de expansión prestacional, ya que el acabado cumplimiento de lo que constituye la prestación nuclear de un deber jurídico (en especial, los de contenido patrimonial), suele depender de la información que se haya brindado y la seguridad que se proporcione. Así las cosas, los deberes de informar y de seguridad se elevan cualitativamente, constituyendo más que simples deberes accesorios de conducta”.

El deber de informar comprende dos momentos causales: el deber jurídico en sí mismo, que en muchos casos adquiere la categoría de obligación; y la posterior emisión del consentimiento por quien ha sido informado de manera adecuada, generándose el denominado consentimiento informado; locución que se emplea en la relación médico-paciente, pero que es trasladable a todas las relaciones jurí-

dicas en las que se presenta el fenómeno de la transmisión de la información.

Así las cosas, el anteproyecto dedica varios artículos a la regulación detallada y precisa del deber de informar que comprende el acceso, el modo, su contenido mínimo, etc. Asimismo, el art. 153 establece que “las normas precedentes deberán ser informadas al consumidor cuando formule una denuncia en sede administrativa”. La primera duda que nos genera la disposición es cuáles son las normas precedentes, es decir, hasta qué artículo debe ser comunicado al consumidor. Entendemos que se refiere a la defensa administrativa de aquel (capítulo 4 del título V), especialmente, a las distintas alternativas que tiene en esa órbita, como las opciones que le habilita el art. 150 (v. apart. IV).

Esa norma se encuentra en sintonía con otras dos disposiciones relativas al deber de informar en sede administrativa. Por un lado, el art. 147 que regula que, en caso de actuaciones generadas por denuncia del consumidor, este tendrá derecho a ser informado de las resoluciones vinculadas a la producción de la prueba por él ofrecida. Por el otro, lo previsto por la última parte del art. 144 que prescribe que la autoridad de aplicación deberá informar al denunciante respecto de la posibilidad de peticionar daño directo en los términos del artículo 150 y siguientes.

Destacamos que esas normas deben aplicarse siguiendo los parámetros establecidos por el anteproyecto. En cuanto al modo, la información debe ser proporcionada en forma fehaciente, en idioma español, de manera fácilmente accesible para el consumidor y mediante mecanismos apropiados para su adecuada comprensión, especialmente en el caso de consumidores hipervulnerables (art. 13).

Asimismo, el anteproyecto establece que la obligación de informar a los consumidores es un deber de hacer en los términos del art. 774 inc. c) del Cód. Civ. y Com., y su incumplimiento total, parcial o defectuoso genera responsabilidad objetiva de acuerdo a lo establecido en el art. 1723 del mismo cuerpo legal (art. 16). En este punto, nos indagamos acerca de la responsabilidad de la sede administrativa por el incumplimiento de lo normado por el art. 153; en cuyo caso, se deberá aplicar la ley de respon-

(21) OSSOLA, Federico A., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, t. V, p. 141.

sabilidad del Estado atento lo normado por el art. 1765 del Cód. Civ. y Com.

Por último, señalamos que la sobreinformación al consumidor tiene acogida legal en el anteproyecto; lo cual consideramos que es un gran acierto. Se considera tal a el suministro de información en exceso, o de suma complejidad, sin las aclaraciones necesarias para que sea asequible por su destinatario, o que de cualquier manera, por tales razones, impida la adecuada comprensión del mensaje, y sea relevante en función del bien o servicio de que se trate. En cuanto a sus consecuencias, posee los mismos efectos que el incumplimiento de la obligación de informar (art. 15).

## VI. Las autoridades locales de aplicación

Párrafo aparte merecen las autoridades locales que aplicarán los artículos desarrollados precedentemente. El anteproyecto regula en forma expresa que aquellas deberán reunir los mismos requisitos establecidos para la ANCON previstos en los arts. 124 y ss.

El fundamento de dicho artículo reposa en el relevante caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ángel Estrada”, donde se sienta doctrina en torno a las exigencias que deben poseer los órganos de la administración para desarrollar funciones jurisdiccionales. Allí, el Máximo Tribunal sostuvo que el Ente Nacional Regulador de Electricidad no tenía competencia para determinar la indemnización que le correspondía a un usuario (en el caso, las sumas abonadas para alquilar un grupo electrógeno y los sueldos del personal debido al insuficiente suministro de energía eléctrica). Señaló que, el principio constitucional de defensa en juicio previsto en el art.18 de la Constitución Nacional

y la prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales (art. 109), quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad esté asegurada, el objetivo económico y político considerado por el legislador para crearlos sea razonable y sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente(22).

Bajo este contexto, es que el anteproyecto presta especial atención al cumplimiento de estas exigencias por parte de la ANCON y exhorta a las autoridades locales a alcanzar los mismos requisitos.

## VII. Conclusión

El anteproyecto presenta una adecuada regulación del daño directo con dos ejes centrales. El principal, la protección del consumidor —parte débil de la relación— desde diversas aristas: el deber de información, el trámite ágil en sede administrativa, las distintas alternativas de compensación y su fácil ejecución en sede judicial, etc. Y también, se presta especial atención a la constitucionalidad de la ANCON y de las autoridades locales de aplicación.

Así, el anteproyecto evidencia un loable esfuerzo por alcanzar un equilibrio dentro de la regulación del daño directo, especialmente teniendo en miras las diversas críticas que le había efectuado la doctrina y la jurisprudencia desde su nacimiento en el año 2008. De todos modos, resta aun el debate parlamentario.

---

(22) CS, 5/4/2005, “Ángel Estrada y Cía. SA c. Secretaría de Energía y Puertos”, Fallos 328:651, LL Online: AR/JUR/57/2005.





**PROTECCIÓN JUDICIAL  
DEL CONSUMIDOR**  
.....



# La protección en juicio del consumidor individual: el Anteproyecto del 2018

---

RODOLFO GONZÁLEZ ZAVALA (\*)

## I. Lo procesal en el Anteproyecto

Bajo la sugestiva expresión “diseño institucional”, el Anteproyecto estructura la “protección judicial del consumidor” con una sección para las *acciones individuales* y otra para los *procesos colectivos*.

## II. En qué innova el Anteproyecto

En el tema que nos ocupa, las principales novedades pueden resumirse así:

a) se especifica que la vía del proveedor para pedir que el trámite no sea abreviado es la reposición;

b) se asigna competencia territorial al juez del domicilio del consumidor y se agregan otros puntos de conexión optativos;

c) se regula con más detalle la intervención del Ministerio Público;

d) se prohíbe la intervención de terceros, salvo que el consumidor lo consienta;

e) se aclara que la falta de colaboración probatoria es un indicio contra el proveedor;

f) se dispone que la justicia gratuita exime de los aportes iniciales y de las costas (salvo temeridad, malicia o plus petición inexcusable);

g) se establece que la sentencia debe procurar la solución más eficaz, incluso para consumidores que no hayan intervenido en el proceso.

## III. A tal derecho, tal proceso

¿Para qué incrementar la protección del consumidor, hacerla más sofisticada y dúctil, si después las cuestiones llevadas a juicio se estrellan contra moldes rígidos y obsoletos?

Si el derecho de fondo adquiere otra fisonomía, eso no puede no repercutir en la disciplina que sirve para su implementación (1). El derecho procesal queda interpelado por las nuevas reformas. Hay que adaptarlo, terminar con el desacople.

## IV. A tal proceso, tal derecho

La verdadera “defensa” del consumidor suele depender de lo que sucede en un expediente, ante un juez. Si el resultado es insatisfactorio, todo se reduce a una declamación. El derecho queda inoperante. El proceso, en vez de instrumento, degenera en impedimento.

El problema es que, en la actual coyuntura, abogados y jueces tenemos que conectar crite-

---

(\*) Profesor de Derecho Procesal Civil, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Derecho de Daños y de Seguros en diversos posgrados.

---

(1) “Es indispensable en la hora actual profundizar los aspectos procesales de la defensa del consumidor, con el propósito de garantizar el efectivo acceso a la justicia y la obtención de soluciones apropiadas en un marco de celeridad, seguridad, legalidad y razonabilidad” (XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral (Junín, 2009).

rios progresistas del siglo XXI con estructuras procesales del siglo XIX(2).

Los enfoques entonces deben impuros. El camino debe ser ida y vuelta: es necesaria una *lectura sustancial de temas procesales* y también una *lectura procesal de temas sustanciales*.

## V. Reformulaciones de los procesos y en los procesos

Los principios cristalizados en el art. 5º del Anteproyecto también inciden en las relaciones procesales. Son como los del nuevo Código Civil: reformulan otros microsistemas. No hay una abrogación en el sentido tradicional, sino una transformación indirecta, progresiva, más trabajosa y menos perceptible.

Por supuesto, aquí nos interesa este fenómeno en los microsistemas procesales.

Insistimos en que el cambio va más allá de las reformas legislativas en los códigos. Se trata, ante todo, de vencer frenos y resistencias, de un cambio de mentalidad al encarar los casos (3).

## VI. No solo en el contenido de la sentencia

La defensa en juicio del consumidor no debe efectivizarse únicamente ni recién en la decisión final. Múltiples problemas previos presuponen actividades diferenciadas. Nos estamos refiriendo a los *ajustes procesales* (4).

No hay que subestimar la tremenda importancia de la *tutela interlocutoria o intermedia*:

(2) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, "Nuestro incipiente proceso ambiental", *Revista de Derecho de Daños*, 2011-1, p. 189.

(3) Se ha destacado, por ejemplo, la necesidad de soluciones "singularizadas" y no "estandarizadas" (ARANDA, Rafael, "Los principios procesales ante el nuevo Código Civil", en la obra colectiva *Impactos procesales del Código Civil y Comercial de la Nación*, Advocatus, Córdoba, 2017, p. 74).

(4) La noción de "ajustes procedimentales" proviene del art. 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) y es aprovechable en otras áreas. Determina la atribución de los jueces de modificar o directamente desplazar reglas procesales vetustas, si impiden una tutela adecuada en el caso concreto. Figura en el art. 35 del nuevo Código Civil, a propósito de los procesos de restricción de la capacidad.

no solo cautelar sino especialmente en los criterios sobre cómo sustanciar las causas.

Por eso, enfatizamos la operatividad de propuestas como las del Anteproyecto en la tracción del expediente, en el "día a día" del trámite judicial.

Así, en cada decisión que se pretende y que se adopta durante el proceso, deben:

- a) considerarse la Constitución y los tratados de derechos humanos,
- b) ponderarse los principios y valores implicados,
- c) realizarse el test de razonabilidad.

## VII. Estímulos para litigar

El Anteproyecto protege con fuerza: (i) conflictos de derecho común ingresan al derecho del consumidor(5); (ii) normas tuitivas más vigorosas(6); (iii) una multa civil, rebautizada como "sanción punitiva", sin tope de \$ 5 millones y aplicable de oficio(7); (iv) gratuidad "en serio", eximiendo de los aportes iniciales y de las costas(8); (v) prescripción reformulada más favorablemente para estas demandas(9).

La connotación procesal es innegable: más ciudadanos defendiendo mejor sus derechos frente a las empresas. Más consumidores "consumiendo" la justicia estatal. Más sentencias enviando mensajes al mercado.

## VIII. Litigiosidad y progreso económico

Hay quienes consideran que la litigiosidad perjudica el crecimiento y el desarrollo (10).

(5) Por ejemplo, demandas sobre transporte aeronáutico (ver art. 4º), o de damnificados indirectos que no son técnicamente consumidores (ver art. 112).

(6) El incremento de la protección sustancial (contractual y no contractual) se constata a lo largo de todo el articulado del anteproyecto.

(7) Ver art. 118.

(8) Sobre el tema: GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, "Justicia gratuita para el consumidor", *Semanario Jurídico*, nro. 1684, p. 689.

(9) Ver art. 183.

(10) ROVIRA, Alfredo L., "El proyecto de reforma a la ley de defensa del consumidor: un obstáculo al desarrollo económico", JA 2007-I-1172.

Pero, tal como lo dijo la Corte en “Halabi”, en los expedientes que involucran a consumidores existe “un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad con su conjunto” (11).

En igual línea, se había juzgado que la protección judicial: “importa una función estatal básica e indelegable que exige la estructuración del servicio de justicia de modo que superados los obstáculos de su onerosidad, lentitud y complejidad, sea fácilmente accesible para canalizar las pretensiones preventivas, resarcitorias y represivas de los consumidores” (12).

Además, en las economías centrales los consumidores son más propensos a reclamar por sus derechos y no se advierte que esto haya generado crisis empresariales o inseguridad jurídica.

### IX. No todas son pequeñas causas

El Anteproyecto erradica definitivamente el preconceito de que las del consumidor son “pequeñas causas”, poco interesantes para los abogados. Por el contrario, el universo de reclamos individuales es muy variado:

- a) pueden estar comprometidos derechos patrimoniales de mucho valor;
- b) o, incluso, la integridad física y la vida misma;
- c) el demandado puede ser una persona física o jurídica, privada o pública;
- d) puede tratarse de cuestiones urgentes o no;
- e) la prueba puede resultar simple;

f) o, por el contrario, tratarse de una materia fáctica compleja;

g) el proceso judicial puede tener por efecto resarcir daños, pero también prevenirlos o incluso castigar conductas socialmente intolerables.

(11) Fallos 332:111.

(12) STJ de Santiago del Estero, 19/3/2001, “Juri Lindahora, María G.”, *Revista de Derecho Procesal*, 2009-1, p. 429.

### X. ¿Listas cerradas de pretensiones?

Se ha intentado sistematizar qué tipos de demandas puede plantear un consumidor (13). Pero la realidad —el ingenio de los abogados— siempre superarán cualquier *numerus clausus*.

Una fórmula amplia es la del art. 83 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil: “para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este Código son admisibles todas las especies de acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela” (14).

### XI. Una ley nacional puede fijar estándares procesales

Litigios similares no pueden tener resultados distintos debido a particularismos locales.

Una cosa es que cada Estado Provincial se reserve el diseño de su Poder Judicial (su “administración de justicia”: art. 5º de la Constitución). Pero, en el tercer milenio, ninguna legislación puede seriamente esgrimir idiosincrasias regionales para justificar que el derecho procesal argentino sea una Torre de Babel.

Por eso, no hay obstáculo constitucional en que el Congreso sancione preceptos procesales para toda la Nación (15). Así lo ha hecho cada vez que se ha considerado conveniente eliminar localismos e igualar el funcionamiento judicial de las instituciones (16). Es una tendencia en aumento. El nuevo Código Civil profundiza esta técnica legislativa. El Anteproyecto se enrola también en esta tendencia.

(13) BARACAT, Edgar J., “Tipos de tutela que puede reclamar el consumidor en defensa de sus derechos”, JA 2000-II-812; BERSTEN, Horacio L., *Derecho procesal del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 452 y ss.

(14) Se trata de una norma docente, ilustrativa (redundante y obvia desde una perspectiva estrictamente sistemática).

(15) La Corte convalidó esta política legislativa a partir de “Bernabé Correa” (Fallos 138:157).

(16) Augusto M. MORELLO propiciaba “el reencuentro de senderos separados que había llevado demasiado lejos la autonomía de la ciencia procesal, respecto de las normas materiales” y ello “con prescindencia del régimen político, federal o unitario, del país en que se recoge esta tendencia” (*Indemnización del daño contractual*, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 9).

Los presupuestos básicos procesales son particularmente necesarios en materia de consumo: se trata, por definición, de un fenómeno “globalizado” e “interconectado” (17).

Esta inclusión de temas procesales en cuerpos normativos como el Anteproyecto genera derivaciones como estas:

a) la unificación legislativa hace aprovechables en todas las jurisdicciones los estudios doctrinarios y los precedentes judiciales sobre esas normas;

b) se relativiza (sin desaparecer) la división entre normas sustanciales y normas procesales;

c) esos preceptos, al ser nacionales, desplazan las normas provinciales incompatibles;

d) no requieren ser reproducidas en los códigos locales.

## **XII. Estas pautas procesales vinculan a las provincias**

Las provincias pueden completar la regulación básica (en el caso: del Anteproyecto). Pero sin bajar el nivel de protección (18). La ley nacional es el “piso”, no el “techo”. De modo que el legislador local puede:

a) aumentar las ventajas judiciales conferidas al consumidor por la ley nacional;

b) desarrollar con más detalle aspectos de trámite donde esta ley es genérica o indeterminada;

c) ocuparse de otros temas procedimentales sobre los que aquella nada dice.

Lo que no pueden hacer las autoridades provinciales es hacer más complicada o más onerosa la defensa judicial de los derechos del consumidor. Ir en tal sentido significa desconocer la

(17) Fundamentos del Anteproyecto.

(18) “El carácter de orden público de la ley nacional de protección al consumidor no impide que las provincias e incluso las municipalidades, dentro de sus atribuciones naturales, puedan dictar normas que tutelen los derechos de los usuarios y consumidores, en la medida en que no los alteren, supriman o modifiquen en detrimento de lo regulado por la norma nacional” (Fallos 330:2081).

supremacía de lo nacional sobre lo local (art. 31 de la Constitución) y contradecir el principio de progresividad (art. 5° del Anteproyecto).

## **XIII. Cuándo se activa la protección procesal**

El art. 165 aborda la cuestión a propósito de la intervención del fiscal civil, pero en realidad el problema se vincula a todas las soluciones judiciales diferenciadas del Anteproyecto. Puede señalarse lo siguiente:

a) es un problema de calificación: si el juez constata que los hechos encuadran en la ley del consumidor, debe aplicar las normas específicas, aunque la demanda no diga nada al respecto (19);

b) resulta ilustrativo el art. 5° del Código Procesal Nacional: lo dirimente son los hechos fundantes de la pretensión deducida en la demanda y no las defensas opuestas por el demandado (20);

c) la duda debe resolverse a favor de la protección judicial (21);

d) este encuadre inicial, con fines exclusivamente procesales, basado en el examen preliminar de los hechos afirmados por el actor y en la información obrante hasta ese momento, naturalmente no implica prejuzgar el mérito o fondo (22).

(19) La ley del consumidor es de orden público (art. 65, ley 24.240; art. 5° del Anteproyecto). Además, el juez no está atado por descuidos normativos del actor: debe subsumir correctamente los hechos y aplicar *todas* las consecuencias (no solo las sustanciales: también las *procesales*) que de ello deriven.

(20) Puede suceder (i) que el actor no haya invocado la ley del consumidor, y que el juez despache de oficio la protección procesal o, inversamente, (ii) que el actor pida la protección procesal pero el juez la deniegue por entender que la relación claramente no es de consumo.

(21) Es así como entendemos que deben interpretarse las expresiones que emplea el art. 165 (si el juez “estima que la cuestión debatida podría quedar emplazada” como una relación de consumo, debe ordenar la intervención del fiscal civil “ante tal eventualidad”). No basta una mera posibilidad, no es suficiente con que la relación pueda eventualmente ser una de consumo: debe ser una situación de duda razonable.

(22) En materia laboral también puede suceder que se tramite todo un proceso especial (con una tutela

#### XIV. El Anteproyecto modifica la competencia territorial

Determinar qué tribunal juzgará el caso es un problema previo al del tipo de trámite (23).

La relación entre competencia judicial y acceso a la justicia es íntima, no requiere demostración. Juez inaccesible es igual a indefensión (24).

En este sentido, el Anteproyecto acerca decididamente la justicia al consumidor. En efecto, actualmente solo hay una regla específica, para los contratos de crédito (25). En cambio, el Anteproyecto propone una norma *para toda relación de consumo*.

Antes de analizarla, formulamos esta distinción: una cosa es la nulidad de la eventual prórroga convencional (ante lo cual aparecen las reglas supletorias: art. 5º del Código Procesal Civil Nacional y normas similares de los códigos locales, todas inspiradas en la idea de proteger al demandado: *actor sequitur forum rei*) (26). Otra, permitir como solución general que el consumidor ingrese su demanda en el tribunal más próximo a su domicilio.

Pues bien, acorde con el art. 164 del Anteproyecto:

a) el competente es el juez del domicilio real del consumidor;

---

reforzada) y que finalmente la sentencia juzgue que el actor no era realmente un trabajador.

(23) Por eso, el Anteproyecto debió regular primero la competencia y luego el trámite. Todos los códigos procesales siguen este orden.

(24) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, "Competencia para juzgar daños", *Revista de Derecho de Daños*, 2010-1, p. 29.

(25) "Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor" (art. 36, ley 24.240, según reforma de la ley 26.361).

(26) Sobre esta nulidad, fue pionera la res. 53/2003, del 21/4/2003, de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor. Ver también: VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Las cláusulas de prórroga de competencia frente a la ley de defensa del consumidor", ED 174-494.

b) ello es así incluso para la demanda del proveedor contra el consumidor;

c) la regla es de orden público: la competencia es improrrogable ("es nulo el pacto en contrario") (27);

d) el consumidor tiene otros cinco lugares para ingresar su demanda: (i) domicilio del proveedor; (ii) lugar del hecho dañoso; (iii) lugar de celebración del contrato; (iv) lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones; (v) lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato (28).

#### XV. El problema del trámite: opciones legislativas

¿Cómo tramitar las demandas individuales de los consumidores? Caben tres grandes respuestas normativas:

a) remitirse a los juicios tradicionales;

b) crear procesos específicos;

c) otorgar atribuciones al juez para que diseñe creativamente el tipo de procedimiento, según las características del caso.

#### XVI. No hay procedimientos específicos

El art. 162 del Anteproyecto continúa la política de encauzar las demandas según los procedimientos preexistentes.

Cuando se sancionó la ley 24.240, se calificó como "el déficit mayor" esta remisión a los códigos procesales: "la ley de defensa del consumidor *omite arbitrar un procedimiento específico*, ágil, expeditivo y eficiente para ventilar en su seno las disputas entre proveedores y consumidores" (29).

---

(27) La sanción de nulidad debió colocarse al final, para que quede claro que no es válido alterar convencionalmente ninguno de los puntos de conexión dispuestos por la ley a favor del consumidor.

(28) El consumidor puede llegar a tener seis alternativas: competencia concurrente de hasta seis tribunales ubicados en diferentes lugares.

(29) PEYRANO, Jorge W., "Apostillas procesales sobre la ley de defensa del consumidor", JA 1994-IV, 765, la cursiva es nuestra.

Disentimos con esta censura, si ella equivale a proponer un *único* procedimiento para *cualquier* demanda que inicie un consumidor. Como hemos visto, las controversias captadas por el derecho del consumo son demasiado heterogéneas como para otorgar a todas el mismo tratamiento procesal.

Además, el derecho procesal actual es contrario a la proliferación de trámites, sobre todo en leyes específicas (inflación legislativa, que produce descodificación e inseguridad por complicaciones innecesarias): “deben evitarse, en lo posible, los procesos llamados ‘extravagantes’. Son tales, en la acepción procesal, los que leyes distintas al Código crean paralelamente a los clásicos o fundamentales” (30).

Por supuesto, esta postura no significa negar que deben revisarse los viejos procesos declarativos (31).

Mientras, las pretensiones del consumidor se sustanciarán conforme el abanico de procedimientos que ya conocemos. Sin perjuicio de los desarrollos que siguen, desde ya advertimos dos problemas:

a) un proceso tradicional, incluso uno abreviado, puede resultar demasiado extenso: deben diseñarse estructuras aún más simples, sobre todo para reclamos de escasa envergadura (justicia vecinal) (32);

b) el trámite ordinario puede quedar chico: puede ser “insuficiente para contener grandes conflictos” (33); de allí la necesidad de otro procedimiento para las acciones de clase.

### **XVII. Evolución sobre el tipo de trámite: la ley 24.240 y el proceso “más abreviado”**

El art. 53 de la ley 24.240 disponía originariamente que “se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente” (34). Puntualizamos lo siguiente:

a) se consideraba que el mejor beneficio procesal que podía otorgarse al consumidor era eludir el juicio ordinario;

b) la directiva era rígida;

c) algunos jueces la eludieron argumentando que pretensiones tales como las resarcitorias o por vicios redhibitorios, en rigor no se fundaban en la ley especial sino en el Código Civil (35);

d) otros tribunales entendieron que, como la ventaja era para el consumidor, él podía renunciarla y optar por el trámite más amplio;

e) el precepto no aclaraba si el abreviado correspondía solo cuando el consumidor era actor o también en caso de que este fuera demandado.

### **XVIII. Evolución sobre el tipo de trámite (cont.): la Constitución y los procesos “eficaces”**

El art. 42 no promete procedimientos abreviados sino “eficaces” (36). La eficacia presupone

(30) COLOMBO, Carlos J. - KIPER, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2ª ed., La Ley Buenos Aires, 2006, t. III, p. 401.

(31) Es remarcable en este sentido, la actual tendencia hacia la oralidad (GONZÁLEZ ZAVALA, “El proceso civil por audiencias en Córdoba”, *Semanario Jurídico*, nro. 2165, p. 133).

(32) “Se propone establecer una justicia vecinal para las pequeñas causas o de paz, como forma de facilitar el acceso a la justicia” (XV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, 1989). Los consumidores son destinatarios naturales de esta justicia vecinal: “Cabe acentuar la tutela de los derechos del consumidor en los supuestos de pequeñas causas, a través de sistemas de implementación simple” (XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral, Junín, 2009). Ver también: ANAYA, Jaime L., “Los consumidores y la justicia de menor cuantía”, ED 161-153; PONCE, Carlos R., “Aspectos procesales de la Ley de Defensa del consumidor”, ED 174-985.

(33) COLOMBO, Carlos J. - KIPER, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2ª ed., cit., t. VII, p. 300.

(34) Recordemos que la ley 24.240 fue anterior al actual art. 42 de la Constitución.

(35) C6ª Civ. y Com. Córdoba, auto 496 del 21/10/2004, “Fuentes c. Collazo”, LLC 2005-195. Dicho criterio presenta paralelismo con el que propugnaba que la prescripción de tres años del art. 52 no regía para las acciones “viejas” o “comunes” del Código Civil.

(36) En la convención constituyente de 1994 el miembro informante recalcó que, sin mecanismos judiciales adecuados, “todo lo que estamos analizando sería muy lindo, pero no tendría operatividad” (IRIGOYEN, Roberto, “Fundamentos de la cláusula constitucional sobre



celeridad. Pero es una cualidad más amplia y ambiciosa: “se trata, en último término, de que el derecho no quede *a merced del proceso* y de que pueda sucumbir por la ausencia o *insuficiencia* de este” (37).

Una buena definición contemporánea, es la que encabeza la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000. Allí se lee que un proceso es efectivo si posee “mayor capacidad de transformación real de las cosas”. Y que ello implica, como mínimo:

a) “un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos”;

b) “es decir, sentencias menos alejadas del comienzo del proceso”;

c) “medidas cautelares más asequibles y eficaces”;

d) “ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos”.

### **XIX. Evolución sobre el tipo de trámite (cont.): la ley 26.361 y el proceso “más adecuado”**

La reforma del 2008 fue más dúctil. Mantuvo como regla la tramitación abreviada, pero la atemperó: “a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado”.

El legislador advirtió que los reclamos individuales del consumidor no son siempre simples. En determinadas situaciones, el adecuado juzgamiento requerirá un juicio ordinario: la celeridad no puede ser igual cuando la pretensión aumenta su nivel de complejidad.

---

defensa del consumidor”, LL 1994-E-1020). Ver también, del mismo autor, “Los derechos del consumidor”, LL 1995-B, 819.

(37) COUTURE, Eduardo J., “El ‘debido proceso’ como tutela de los derechos humanos”, LL 72-802 (la cursiva es nuestra).

Por otra parte, la reforma dejó en claro que la abreviación es para “las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley”. Es decir, únicamente para procesos de consumidores contra proveedores.

### **XX. El tipo de trámite en el Anteproyecto del 2018**

El art. 162 sigue los lineamientos de la ley 26.361:

a) el trámite es abreviado, a menos que alguna de las partes pida un trámite más amplio;

b) esto solo aplica a las acciones que promuevan los consumidores;

c) como novedad, se establece que la reposición es la vía del demandado para pedir que el proceso no sea abreviado.

Los apartados que siguen profundizan el análisis de la norma propuesta. Veamos.

### **XXI. ¿Qué significa proceso “de conocimiento”? ¿Qué significa “abreviado”? ¿Qué significa “amplio”?**

El Anteproyecto mantiene esas expresiones, que deben adaptarse a la taxonomía de cada código procesal. Por ejemplo, el de Córdoba no alude a “procesos de conocimiento” sino a “juicios declarativos”. Y no todos los códigos provinciales han seguido el criterio de la ley 25.488, que modificó el juicio ordinario y eliminó el juicio sumario (38).

---

(38) En su momento, la doctrina especializada se esperanzó con que la ley 25.488 sirviera para “sumarizar” el ordinario y no para “ordinarizar” el sumarísimo: “la reforma ha modificado el proceso ordinario al incorporarle algunas de las disposiciones que regían para el proceso sumario. La ley 25.488 ha intentado subsumir una clase de proceso en la otra, con lo cual, si bien uno dejó de existir, el otro no es más lo que era antes de la reforma. El alcance de las modificaciones al proceso ordinario *permitirá determinar si este último fue sumarizado* o simplemente desapareció el sumario” (OTEIZA, Eduardo, “Los procesos de conocimiento amplio”, en la obra colectiva *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 142, la cursiva es nuestra). En los últimos tiempos, la “nueva esperanza” está en implementar una oralidad “en serio”.

De modo que

a) “proceso de conocimiento” significa “proceso plenario”: trámite donde la cognición es plena y donde la cosa juzgada es material (39);

b) “abreviado” significa “juicio sumarísimo” en el código nacional y en los que siguen sus lineamientos (40);

c) proceso “más amplio” significa “juicio ordinario”;

d) pero también puede significar “juicio sumario”, si el código respectivo prevé algún molde intermedio entre la vía más comprimida (el sumarísimo) y la más extensa (el ordinario);

e) en las jurisdicciones donde exista oralidad, esta opción no debiera ser cercenada al consumidor;

f) si se cumplen los presupuestos específicos, el caso del consumidor puede sustanciarse como juicio de amparo o por otra vía aún más urgente (por ejemplo, una medida autosatisfactiva) (41).

## XXII. La reposición como vía para ampliar el trámite

Actualmente no está claro cómo el proveedor puede lograr que el juicio no sea abreviado. Surgen muchas dudas: ¿qué significa “pedido de parte”? ¿Alcanza con un “hace presente”? ¿En qué plazo? ¿El pedido altera el plazo para contestar la demanda? ¿Qué pasa si el planteo no prospera?

(39) Es más técnica la denominación procesos “plenarios rápidos” a la de “sumarios”, “sumarísimos” o “abreviados” (VI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Tucumán, 1970).

(40) El Código Procesal Civil de Córdoba no cuenta con juicio sumarísimo sino con un juicio abreviado.

(41) Hay otras vías rápidas, como las de la ley de los derechos del paciente: el paciente (consumidor de servicios de salud), frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, puede emplear “la acción directa de *habeas data*”, a la cual “se le imprimirá el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte más apto y rápido” (art. 20, ley 26.529).

El art. 162 del Anteproyecto, al tipificar la vía, despeja los interrogantes: “El demandado, mediante reposición contra el decreto que admita la demanda, podrá invocar la complejidad de la pretensión y solicitar un proceso de conocimiento más amplio. El juez resolverá de manera fundada, previo traslado al consumidor”.

De modo que

a) se especifica el plazo (el que fije cada código para la reposición: generalmente 3 días);

b) la reposición elimina la carga de contestar la demanda (los códigos suelen asignar efecto suspensivo a este recurso);

c) el proveedor debe argumentar su pedido (la reposición debe interponerse fundada);

d) si el consumidor no pidió el trámite amplio, el juez debe aguardar la reposición del proveedor (no hay atribución oficiosa).

## XXIII. Valoración crítica de la reposición

Con todo, la solución que acabamos de referir no está exenta de observaciones:

a) como todo recurso, la reposición presupone un error en la resolución atacada (42); pero aquí el tribunal no inobservó ninguna norma: se limitó a imprimir el trámite que correspondía (el juez no podía “ordinarizar” el trámite sin un “pedido” del actor);

b) abrir un paréntesis recursivo para definir el tipo de trámite conspira seriamente contra la celeridad procesal;

c) es más, del texto del art. 162 pareciera que la reposición debe sustanciarse sí o sí;

d) la indeterminada circunstancia que habilita la reposición (“complejidad de la pretensión”) permite planteos genéricos, sin demostrar que el diseño comprimido lesiona concretamente la defensa en juicio (43).

(42) Por todos: CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, t. II, nro. 79, p. 186.

(43) Para verificar si hay indefensión, habrá que analizar el sistema procesal de cada jurisdicción. Por ejemplo, en el Código Nacional las pruebas no difieren

Lo expuesto puede determinar que el consumidor, al evaluar “costos y beneficios procesales”, opte de entrada por el ordinario, justamente para evitar la complicación inicial de la reposición. Se frustra así el propósito básico: que estos casos no queden atrapados por la sustanciación más extensa.

#### XXIV. Restricción a los terceros

Permitir que un tercero se convierta en parte implica insertar otra cuestión, distinta de la pretensión inicial. El trámite se complejiza. Todo se hace más lento (44).

Por eso, el art. 166 del Anteproyecto, consagra esta solución: *el consumidor no puede ser obligado a litigar contra un sujeto que no eligió*. Efectivamente, “la intervención de terceros, cualquiera sea su naturaleza, estará vedada si el consumidor demandante se opondrá” (45).

La norma balancea los intereses de una manera no tradicional: aprovechar el proceso para agregar más cuestiones y más sujetos (mayor rendimiento) es menos importante que impedir retrasos en el proceso que inició el consumidor (celeridad).

Se incrementa así la protección, con poco sacrificio para el proveedor: no pierde el derecho de plantear, en otro proceso, la cuestión que involucra al tercero (generalmente, vinculada a la acción de contribución con otros legitimados pasivos: art. 840, Cód. Civil y Comercial). Tampoco es significativa la restricción para el tercero que pretendía sumarse: justamente porque no intervino, no será perjudicado por la sentencia dictada en el proceso que inició el consumidor.

---

en el ordinario y en el sumarísimo. La rapidez del sumarísimo pasa por otro lado: no hay excepciones previas, ni reconvencción, ni alegatos, se restringe la apelación y todos los plazos son de 3 días, salvo para contestar la demanda y para expresar y contestar agravios (art. 498).

(44) A veces el demandado cita a un tercero y ese tercero cita a otro. O en un mismo proceso hay terceros citados por el demandado y otros que pidieron ingresar espontáneamente. O el demandado, ya admitido su pedido de citación, se desentiende y no insta las notificaciones ulteriores.

(45) Fundamentos del Anteproyecto.

Además, no es que el pedido de citación o de incorporación espontánea sean inadmisibles. Ambos actos pueden formularse. Lo que sí, deben ser aceptados por el consumidor (46).

La fuente es el art. 88 del Código del Consumidor de Brasil, que prohíbe la denuncia de litis (47). Ahora bien, el art. 101 de este Código aclara que el proveedor puede siempre citar a su asegurador de responsabilidad civil.

#### XXV. Qué pasa si el proveedor no aporta pruebas en su poder

En materia de prueba, el Anteproyecto ratifica el actual art. 53 de la ley del consumidor. Simplemente agrega que, si el proveedor no aporta los elementos de prueba que obren en su poder, esa falta “será considerada una presunción en su contra”.

De este modo, la *regla de conducta* dirigida al proveedor queda complementada por una *regla de juicio*: una directiva que el juez debe emplear al sentenciar.

Habría sido preferible no aludir a la “falta de cumplimiento de un deber” sino al “incumplimiento de una carga”. Además, nos parece mejor hablar de “indicio” y no de “presunción”.

Por supuesto, el indicio se valora según la sana crítica, caso por caso. Y presupone la convicción de que el proveedor efectivamente contaba con el elemento de prueba que no está en el expediente (48).

---

(46) El pedido del demandado o la presentación voluntaria del tercero deberán contener circunstancias atractivas para el consumidor.

(47) De este modo “se evita que la tutela jurídica del consumidor quede retardada con la deducción de una litis incidental con invocación de una nueva causa de pedir” (DE MELO, Nehemias Domingos, *Da defensa do consumidor em juízo*, Atlas, San Pablo, 2010, p. 159).

(48) Nadie puede ser constreñido a lo imposible: el límite de toda carga es la posibilidad de cumplirla (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La prueba en los procesos de daños y perjuicios”, en la obra colectiva, *Procedimiento probatorio*, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa Fe, 1998, p. 333).

En el Código Procesal Nacional hay dos normas generales con la misma lógica: el art. 163 inc. 5º (la conducta de las partes durante el juicio puede constituir un elemento de convicción) y el art. 388 (la negativa a presentar un documento en poder de la parte constituye presunción en su contra, si de otros elementos resulta verosímil su existencia).

#### **XXVI. Cierre**

El proceso no vale por sí mismo, vale por los resultados que logra o puede lograr. Y bien, si queremos resultados (procesales) diferen-

tes, no hagamos (procesalmente) siempre lo mismo(49).

Como hemos analizado, el Anteproyecto tiene poca aversión al riesgo. No solo es explícito al proponer cambios superadores, sino que jaquea criterios judiciales obsoletos. Esto último no es tan ostensible, pero tal vez sea lo más significativo.

---

(49) Esta frase suele atribuirse equivocadamente a Einstein; eso es secundario frente a la idea (sencilla, pero contundente) que expresa.

# El beneficio de justicia gratuita en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

MARTÍN JUÁREZ FERRER (\*)

## I. Introducción

### I.1. Comparación entre textos

En primer lugar, considero importante hacer una comparación del texto propuesto (art. 168) con su equivalente en el texto actual de la Ley de Defensa del Consumidor (art. 53). De esta comparación surgen dos diferencias relevantes: una primera consiste en la enumeración, antes, enunciativa, de los conceptos o rubros que se considerarán incluidos dentro del *beneficio de justicia gratuita*, entre los que se incluyen la tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y *todo otro gasto*, todo lo cual queda excluido si hubiera temeridad, o malicia o pluspetición inexcusable. El texto actual de la LDC nada dice sobre los alcances del beneficio de justicia gratuita. Una segunda diferencia consiste en la eliminación de la posibilidad, de la parte demandada, de acreditar la solvencia del consumidor, lo que hacía cesar el beneficio.

1. El texto propuesto. “Art. 168.— Beneficio de justicia gratuita. Las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita, que se considera comprensivo del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto, excepto en el caso de temeridad o malicia o pluspetición inexcusable”.

2. El texto actual de la LDC. “Art. 53.— Las actuaciones judiciales que se inicien de confor-

midad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio”.

### I.2. Contenido del comentario

Hecha esta breve introducción comparativa, haré un breve comentario exegético de la norma propuesta, indicando la naturaleza del beneficio conferido al consumidor, el modo de obtención, para luego analizar los rubros incluidos dentro del beneficio y finalizaré con un breve análisis de la constitucionalidad del beneficio en relación a gastos judiciales de competencia legislativa provincial.

## II. La naturaleza del beneficio otorgado

### II.1. ¿Beneficio automático o por pobreza?

El mensaje de elevación de la Comisión aclara, con criterio, que estamos ante un tipo de beneficio distinto al tradicional beneficio de litigar sin gastos o carta de pobreza. El beneficio tradicional está supeditado a la condición de pobreza del beneficiado, o al menos a una dificultad importante a la hora de afrontar los costos o costas del proceso. Este beneficio, indica el mensaje de elevación, no está supeditado a ninguna situación del consumidor otra que la de ser un consumidor en defensa de un interés individual.

### II.2. Beneficio automático

Se trata entonces, de un beneficio que se otorga de modo automático, sin que el consu-

---

(\*) Doctor en Derecho (UNC). Master of Laws (New York University). Profesor Derecho de Daños (UNC - UCC - US21).

midor tenga que hacer otra cosa que acreditar que es un consumidor en defensa de un interés individual. El beneficio ni siquiera requiere petición alguna, sino que directamente se obtiene por el mero hecho de plantear el litigio. Sin embargo, en jurisdicciones donde subsiste la controversia sobre la constitucionalidad de la exención será aconsejable que el consumidor plantee en su demanda la petición de concesión de este beneficio.

Dado el carácter automático del beneficio, el texto propuesto elimina el *incidente de solvencia* que el texto actual contempla como posibilidad para el proveedor profesional de bienes y servicios que desea acreditar que el actor-consumidor es solvente, y por ende, solicita se lo releve del beneficio. El cambio en el texto propuesto entonces aclara que no estamos ante un beneficio fundado en la pobreza o dificultad económica del consumidor, y que estas circunstancias resultan jurídicamente irrelevantes a la hora de litigar en contra del proveedor profesional de bienes y servicios.

### **II.3. Valoración de la propuesta**

Este cambio, si bien pequeño, parece muy razonable. El consumidor que lograba que el tribunal aplicara esta norma tenía sobre sí la espada de Damocles del incidente de solvencia que el demandado podía plantear, haciéndolo cargar no solo con los gastos de iniciación del litigio, sino, mucho más costosas, las costas del juicio.

El consumidor ha visto mejorada su situación, pero aun pesan sobre él importantes riesgos económicos derivados de un litigio, ya que el demandado puede plantear (y muchas veces lo hará, para mejorar su posición en una negociación extrajudicial) la temeridad del consumidor, su malicia, o la existencia de plus petición inexcusable.

### **II.4. Eventuales complicaciones de la norma propuesta**

La experiencia tribunalcia indica que son pocos los casos en que una norma de este tipo se aplica (pensando, analógicamente, en la aplicación de costas al litigante malicioso, o costas al abogado por plus petición), pero esto servirá como instrumento de disuasión de eventuales

actores, y de morigeración de peticiones. Si un consumidor peticona como daño punitivo la mitad del tope actual para ello (2,5 millones de pesos), y el tribunal manda a pagar, como es muy frecuente, \$ 100.000, sin dar mayores razones, la mesa queda tendida para que la petición de asignación de costas por plus petición inexcusable. Este problema no es exclusivo de este sistema normativo, sino de cualquier sistema indemnizatorio donde el juez está relevado, normativamente o en la práctica, de dar razones de los montos que manda a pagar en concepto de daño (esto se ve muy frecuentemente con el daño moral, cuantificado usualmente, por formas de *prudente arbitrio judicial*).

En mi opinión, hubiera sido deseable la concesión de un beneficio automático, tal como se propone, pero sin excepciones. Eventualmente, habrá demandados que puedan caer en las situaciones de temeridad, malicia o plus petición inexcusable, pero el tribunal siempre dispone de herramientas procesales para sancionar estas inconductas. La norma propuesta tiene como efecto atemorizar al consumidor que quiere demandar, y por ende, tiene a mi juicio, un efecto distributivo regresivo, en la medida que muchas inconductas de los proveedores profesionales no serán demandadas una vez que el actor – consumidor es informado de los riesgos por su abogado. Lo razonable, mucho más en un contexto social y jurídico donde los consumidores que demandan son una minoría, hubiera sido una norma amplia que permita e incluso estimule a los consumidores a reclamar por sus derechos sin temores a los costos.

## **III. Los rubros incluidos**

### **III.1. Los rubros incluidos**

En primer lugar, la norma propuesta hace una enumeración de los rubros que el beneficio de justicia gratuita incluye, enumeración que no existe en el texto actual. Cabe preguntarse por la necesidad de esta enumeración, respecto de lo cual el mensaje de elevación de la Comisión dice que había generado controversias en el seno de la propia Comisión. Por mi parte, creo que la enumeración es valiosa tanto por lo incluido como por la indicación de que es enunciativa y no taxativa.

### III.2. Sellados y timbrados

El texto propuesto menciona entre los rubros incluidos a la *tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto*. Los gastos de timbrados y sellados, en la medida que corresponden al impuesto de sellos, que todavía existe en muchas jurisdicciones, está claramente incluido en las exenciones. Sin embargo, en la medida en que la contratación del consumidor es con un proveedor de envergadura, dichos impuestos suelen estar abonados por el proveedor mediante el régimen de grandes contribuyentes, razón por la cual no serán demasiados los casos en que el consumidor se ve beneficiado de esta exención.

### III.3. Problemas constitucionales de las exenciones

Estos impuestos, conjuntamente con la exención a las tasas de justicia, plantean un problema de coordinación entre jurisdicciones, y eventualmente, un problema de constitucionalidad por invasión de competencias privativas de distintas jurisdicciones. El problema es que la tasa de justicia, al igual que el impuesto de sellos provincial, es un tributo provincial, respecto del cual solo puede eximir la jurisdicción que crea este impuesto. Cabe preguntarse si el Congreso Nacional podría constitucionalmente crear una exención de un tributo provincial.

### III.4. Coordinación Nación y provincias en relación con normas procesales

La cuestión de las facultades del Congreso para dictar normas que invaden algún ámbito de la competencia legislativa provincial no es nueva, y la jurisprudencia ha entendido, con un criterio de funcionalidad, que el Congreso puede hacerlo en la medida en que tal invasión resulta necesaria a los fines de cumplir los fines previstos por el legislador. Bajo este punto de vista se han analizado las normas procesales contenidas en legislación común civil o comercial dictada por el Congreso (como ejemplo, las reglas para la procedencia de la usucapión, que indican que no es admisible la demanda que solo se funda en prueba testimonial), y en general, ha sido aceptado el dictado de normas procesales conectadas de modo necesario con los fines de la institución de derecho de fondo.

### III.5. Dificultades de coordinación en esta cuestión

Ahora bien, no estamos aquí antes normas procesales que pueden insertarse en un sistema procesal, sino de una clase de norma que toca el corazón de la autonomía provincial, ya que tienen que ver con la autonomía económica y tributaria de las Provincias. Esta situación ya ha sido materia de discusión en la jurisprudencia, y no hay unanimidad en las decisiones, sino que, por el contrario, algunos tribunales consideran la norma del 53 LDC plenamente aplicable (1), mientras que otros entienden que dicha norma resulta inconstitucional.

### III.6. Aportes jubilatorios y colegiales

Consideraciones similares pueden hacerse respecto de los aportes jubilatorios al abogado del actor-consumidor, y de los aportes a los distintos Colegios de Abogados. Curiosamente, estos no han sido incluidos en la enumeración del texto propuesto, fruto, quizás, de las controversias sobre el alcance del beneficio que la propia Comisión indica que en su seno había (en los comentarios al texto de este artículo). Entonces, ¿la enumeración enunciativa que indica la mención a *todo otro gasto* del texto propuesto, incluye o no a estos gastos? En mi opinión no puede haber otra conclusión que la afirmativa, ya que la respuesta negativa requeriría una interpretación muy rebuscada de la idea de *gastos* que dejara afuera a estos aportes, que son, sin dudas, un gasto que tiene que pagar el consumidor para poder acceder a la justicia, y que, por ende, el sistema normativo del consumidor intenta eliminar, facilitando el acceso.

Sobre estos costos caben las mismas consideraciones constitucionales que las formuladas respecto de las tasas de justicia, con la complejidad agregada de que estos rubros no integran el fisco provincial sino que tienen que ver con el funcionamiento de instituciones privadas de derecho público, tales como los Colegios de Abogados y las cajas previsionales de abogados.

(1) C7ª Civ. Com., Córdoba, 20/2/2018, "Carulla, María Lucrecia".

### III.7. *Costas procesales*

El texto propuesto incluye también la exención de costas al actor-consumidor. Esta cuestión, que también está contemplada en el texto actual, resulta muy importante, ya que los gastos más grandes a los que puede tener que enfrentarse un consumidor en juicio son las costas judiciales, ya que los sistemas arancelarios argentinos están, en muchos casos, fundados en proporciones con la envergadura del juicio, y en el caso de los honorarios de los abogados de los demandados, suelen fijarse en relación a la demanda planteada, lo que, en un caso en donde se plantean indemnizaciones por daños punitivos pueden dar lugar a regulaciones considerables.

Por esta razón, esta parte de la norma, aunque no se vincule al acceso inicial al proceso, tiene una importancia usualmente superior para el patrimonio del consumidor, ya que en un litigio los honorarios de la contraparte, si el consumidor pierde el juicio o fuera condenado en costas, pueden superar largamente los costos iniciales.

Por esta razón, y en relación a este punto la cuestión de las formas en que el consumidor puede perder el beneficio cobran importancia, ya que la norma propuesta pone en riesgo al consumidor, como no lo hacía la anterior, en caso de que el tribunal evalúe que hubo bien temeridad o malicia, o lo que es más complicado aún, plus petición inexcusable. Reitero que este sistema de pérdida de beneficio puede tener un efecto disuasivo en torno al acceso a la justicia que resulta contrario los fines constitucionales de la norma del art. 42 CN.

## IV. La constitucionalidad de las exenciones

### IV.1. *La naturaleza del beneficio y sus implicancias en la constitucionalidad*

La distinta naturaleza prevista por el texto en análisis tiene efectos importantes en el análisis de la constitucionalidad de la norma.

Parte de la doctrina y de la jurisprudencia entienden que el actual 53 LDC prevé una suerte de beneficio de litigar sin gastos, que en definitiva solo difiere el pago de obligaciones tributarias y de honorarios al resultado del juicio,

caso en que el demandado que pierde el juicio deberá abonar estas obligaciones. Desde esta perspectiva<sup>(2)</sup>, se sostiene la constitucionalidad de la norma ya que no hay disposición alguna sobre la autonomía tributaria provincial, sino solo un diferimiento en el momento del pago, diferimiento, además, asimilable al ya existente en el caso de beneficios de litigar sin gastos.

Esta tesis queda sin sustento a partir de la naturaleza distinta que se le confiere al instituto en el texto propuesto, ya que estamos aquí ante no ante un diferimiento, sino de una eliminación completa de los rubros en cuestión.

### IV.2. *El problema del consumidor que pierde el juicio o es condenado parcial o totalmente en costas*

La solución a este problema con la norma actual, en relación al caso del actor —consumidor que pierde el juicio es que si el actor— consumidor pierde el juicio, y el demandado o el fisco acreditan su solvencia, entonces se verá obligado a pagar. La norma propuesta, en cambio, trae una solución distinta: el consumidor no deberá pagar, salvo temeridad, malicia o plus petición inexcusable.

En el texto propuesto, el actor que pierde o es condenado en costas no deberá pagar nada, y por ende, el fisco provincial y las entidades previsionales y colegiales quedan con las obligaciones impagas. En el caso de actor que gana en el juicio, los demandados podrán ser obligados a pagar tasas, aportes y costas, así que tampoco esto general problemas.

En resumen, entonces, el problema de constitucionalidad que el beneficio propuesto puede aparejar son los siguientes: un primer problema resulta del diferimiento de tasas y aportes a cargo del actor consumidor que termina ganando el juicio; un segundo problema resulta de la inexistencia de obligación de pagar del actor consumidor que pierde el juicio.

Entiendo que en el primer caso, la situación es idéntica a la del texto actual, por cuanto el

(2) VALLANIA, Carolina, "El art. 52 de la ley 24.240 (modif. ley 26.361): ¿Es justo exigir el beneficio de litigar sin gastos?", *Semanario Jurídico*, 2011-A, p. 805.



proveedor profesional demandado se verá obligado a afrontar tanto aportes como costas, y el fisco y las entidades previsionales y colegiales locales solo habrán tenido un diferimiento temporal. En el segundo caso, en cambio, en vez de tener un diferimiento temporal hasta que el actor-consumidor mejore de fortuna, lo que la norma propuesta indica es la inexistencia de una obligación.

Si bien teóricamente las soluciones entre la norma actual y la norma propuesta son muy distintas, en la práctica es poco frecuente que quien obtuvo beneficio de litigar sin gastos y perdió el juicio se vea perseguido por sus acreedores (fiscales, previsionales y colegiales) para obtener el pago de tales créditos, con lo que la situación fáctica en que el consumidor (y el bolsillo fiscal) es prácticamente la misma.

#### **IV.3. ¿Quién debe pagar?**

Dado que el aspecto más problemático de la norma es la inexistencia de obligación de pagar del actor-consumidor que pierde o es condenado en costas, cabe preguntarse quién debe pagar. Nuevamente, desde la perspectiva teórica, la constitución de un fondo dinerario que abonara estos créditos sería la solución al problema, pero dado que en la práctica la situación es prácticamente la misma, creemos que la norma propuesta plantea el mismo problema que el actual art. 53 LDC.

#### **IV.4. Qué norma debe prevalecer**

Por lo dicho, el problema de constitucionalidad con el texto propuesto se plantea en un segmento acotado de supuestos fácticos, cual es el del consumidor que pierde el juicio. Este segmento de casos problemáticos es idéntico al del texto actual para quienes entendían que 53 LDC no planteaba un diferimiento en el pago de aportes y tasas, sino una invasión directa de facultades tributarias provinciales; y para quienes sostenían la tesis del diferimiento (y la consiguiente constitucionalidad del 53 LDC) estamos ante un problema nuevo.

Esto nos lleva la pregunta de si la norma que debe prevalecer en el caso es la del sistema del consumidor, o bien la norma tributaria y previsional provincial. Los argumentos de quienes

sostienen que las normas tributarias provinciales deben prevalecer pasan por la competencia tributaria excluyente de las provincias, y un entendimiento rígido del límite del art. 121 CN. Los argumentos de quienes, por el contrario, sostengan que la norma que debe prevalecer es la propuesta por el Ante Proyecto en análisis deberán tratar de mostrar que estamos ante normas que no solo tienen un carácter tributario, sino que también, y mayormente, son normas procesales, que regulan el acceso a la justicia de los consumidores, y que por ende, estamos ante un espectro normativo donde el Congreso Nacional tiene permitido regular. Por mi parte, me inclino por esta última postura, coincidente además con una lectura amplia del art. 121 CN, y con una idea de federalismo de coordinación.

### **V. Conclusiones**

#### **V.1. Lo que cambia**

El texto propuesto introduce pocos cambios en el sistema actual en este tema, y el punto principal consiste en que el beneficio deja de estar vinculado a la situación patrimonial del consumidor (lo que hacía pertinente un incidente de solvencia) para convertirse en automático, otorgado por el hecho de ser un consumidor. Adicionalmente, puede entenderse que ya no hay un diferimiento en el pago de aportes y tasas sino una directa exención de aquellos gastos.

#### **V.2. Los problemas que se suscitarán**

El texto propuesto trae algunos problemas nuevos, y arrastra algunos del texto actual. El nuevo problema tiene que ver con que la norma, queriendo facilitar la situación de todos los consumidores, coloca sobre ellos el riesgo de que el tribunal considere que su demanda ha sido temeraria, o que ha incurrido en una plus petición inexcusable, lo que, creo, constituye un disuasivo para el planteo de demandas de, por ejemplo, daños punitivos que siquiera intenten generar algún tipo de disuasión en los grandes proveedores profesionales de bienes y servicios.

El texto propuesto arrastra los problemas de coordinación con las jurisdicciones provinciales en relación a los gastos de tasas y aportes.

Una parte de la doctrina entendió que la norma del 53 LDC era igualmente aplicable, pero no estamos ante una cuestión zanjada, y el nuevo texto incluso resta argumentos a quienes sostenían la aplicabilidad del 53 LDC. Este problema

seguramente requerirá de una coordinación entre Provincias y Nación que facilite la operatividad del beneficio de justicia gratuito, y permita, por fin, un mejor acceso a la justicia por parte de los consumidores.

# El “beneficio de justicia gratuita” en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (con especial referencia al caso de las asociaciones de consumidores). ¿Un avance en la materia?

---

FEDERICO SOSA (\*)

## I. Introducción

El presente trabajo, en su primera parte, analiza el denominado “beneficio de justicia gratuita” (el “BJG”) regulado en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (la “LDC”) para acciones individuales y colectivas. Aborda también la controversia que existe actualmente con relación a los alcances del BJG (¿exime al actor del pago de la tasa de justicia, sellados, timbrados y demás gastos de acceso a la Justicia solamente o también lo exime del pago de las eventuales costas del proceso?) y analiza ciertos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (la “Corte”) sobre el tema a fin de determinar si son (o no) superadores de la controversia.

En su segunda parte, este trabajo analiza las normas relativas al BJG contenidas en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor presentado el 6/12/2018 a los Ministros de Justicia y Derechos Humanos y de Producción y Trabajo, publicado en La Ley el 17/12/2018 (el “Anteproyecto”). Finalmente, concluye con ciertas reflexiones sobre un tema por demás interesante y en el cual —lejos de terminar— la discusión parece estar más vigente que nunca. Desde ya, estas breves líneas no pretenden agotar una temática tan rica y compleja como la

abordada, sino simplemente compartir ciertas ideas con el objetivo de servir como disparadores para seguir debatiendo un tema sobre el cual todavía no está todo dicho.

## II. El BJG en la LDC

En el actual sistema de la LDC existen dos tipos de acciones judiciales que pueden ser iniciadas en defensa de derechos o intereses de los “consumidores” definidos en su art. 1. Por un lado, se regula la acción individual que puede iniciar un consumidor en defensa de sus propios derechos o intereses. Por otro lado, también se regula la acción que, siempre y cuando cumpla con ciertos recaudos, puede iniciar una asociación de consumidores (constituida como persona jurídica y reconocida por la autoridad de aplicación) en defensa de derechos de incidencia colectiva.

Con relación a los derechos de incidencia colectiva, si bien se trata de una temática compleja que excede el objeto de este trabajo, corresponde señalar que, según lo estableció la Corte en el fallo “Halabi” (1) y en otros posteriores, los derechos de incidencia colectiva mencionados en el art. 43 de la Constitución Nacional (2) se

---

(1) CS, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c. PEN”, H. 270, XLII.

(2) El art. 43 de la Constitución Nacional establece: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio

---

(\*) Abogado (UBA). Magister en Derecho Empresario (Univ. Austral). Abogado senior en Beccar Varela.

dividen en dos categorías: (i) los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (3); y (ii) los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (4).

judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización (...)."

(3) Al respecto, la Corte ha señalado que "en estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno".

(4) Según palabras de la Corte, "sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos estos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño". A su vez, la Corte

El art. 53 de la LDC se refiere a la acción individual y establece que "las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio". Por su parte, el art. 55 de la LDC se refiere a la acción colectiva y establece que "las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita".

Como puede verse, del juego de ambas normas surge que tanto las acciones individuales como las acciones colectivas (denominación que se les asigna a aquéllas promovidas en defensa de derechos de incidencia colectiva) cuentan con el BJD. Sin embargo, en el caso de las acciones individuales, el demandado puede hacer cesar el BJD acreditando la solvencia del consumidor, que —lógicamente— no deberá ser evaluada en abstracto, sino considerando la entidad económica del reclamo y los eventuales costos y gastos asociados al mismo (5). No existe similar previsión con relación a las acciones colectivas, por lo cual cabe concluir que el demandado no se encuentra habilitado para hacer cesar el BJD. De ser así cabe suponer que el legislador lo hubiera establecido expresamente. No se aprecian motivos suficientes que justifiquen la diferencia de tratamiento entre un caso y otro. En tal sentido, Chamatropulos ha señalado que "el tratamiento en materia de gratuidad debe ser idéntico tanto para el consumidor individual como para la asociación" (6).

ha señalado, en referencia a la legitimación activa para el inicio de acciones colectivas en defensa de este tipo de derechos, que "la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado".

(5) Sería un grave error analizar la solvencia en abstracto porque los gastos y costos procesales normalmente se determinan en función de la entidad económica del reclamo y los montos en él involucrados.

(6) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Legislación usual comentada. Derecho comercial. Derecho del consumidor*, SÍCOLI, Jorge S. - CHOMER, Héctor O. (dirs.), La Ley, Buenos Aires, t. IV, p. 863.

Teniendo en claro que tanto las acciones individuales como las colectivas cuentan con el BJJ (aunque con un pequeño matiz en las primeras, que se configura por la posibilidad de que el demandado promueva un incidente con el objetivo de hacerlo cesar), corresponde preguntarse cuál es su alcance. Y en tal sentido el gran interrogante es si el BJJ alcanza solamente al pago de la tasa de justicia, sellados, timbrados y demás gastos de acceso a la Justicia o si, a su vez, exime del pago de las eventuales costas que durante el desarrollo del proceso (ya sea principal o cualquiera de sus incidentes) pudieran serle impuestas a la actora (ya sea el consumidor individual o la asociación de consumidores) de conformidad con las normas procesales aplicables (7).

### III. La controversia actual sobre el alcance del BJJ

La cuestión relativa al alcance del BJJ se encuentra controvertida y existen al respecto dos posiciones. Fundamentalmente, la discusión se ha suscitado con relación a las acciones deducidas por asociaciones de consumidores, que es lo que más interesa por lo menos a los efectos de este trabajo.

#### III.1. Posición restrictiva

Según esta posición, el BJJ alcanza únicamente a la tasa de justicia, sellados y demás gastos relativos al inicio de un expediente judicial pero no a las costas del proceso. En consecuencia, si la actora pretende quedar eximida del pago de estas últimas deberá solicitar y obtener la concesión de un beneficio de litigar sin gastos en los términos y con los alcances de la normativa procesal aplicable (8).

Entre los fundamentos esgrimidos en apoyo de esta posición se encuentran los siguientes:

(7) En tal sentido, en el orden nacional, el art. 68 del CPCCN establece, como regla general, que “la parte vencida deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado. Sin embargo, el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad”.

(8) En el orden nacional, cabe remitirse a los arts. 78 y concs. del Cód. Proc. Civ. y Com.

- La “gratuidad” es un adjetivo que califica al sustantivo “justicia”. La justicia gratuita se concreta liberando las trabas económicas para acceder a los tribunales. “Litigar sin gastos” abarca el período comprendido desde el comienzo del juicio (pago de tasas y sellados) hasta su finalización (eximición de costas). En cambio, “justicia gratuita” se refiere al acceso a la Justicia (como servicio prestado por el Estado) el cual no debe verse restringido por razones económicas. Sin embargo, una vez “franqueado” el acceso a la Justicia, el litigante debe quedar necesariamente sometido a los avatares del proceso (fundamentalmente, al pago de las costas) pues las mismas no son de resorte estatal, sino que se corresponden con la retribución al trabajo profesional (de carácter alimentario) de los abogados (apoderados y patrocinantes) intervinientes y de los auxiliares de la Justicia (v.gr., peritos, traductores, intérpretes, interventores, etc.) (9).

- Desde una perspectiva histórica, cuando el legislador reguló sobre la gratuidad del procedimiento lo hizo procurando no limitar el acceso

(9) CNCom., sala A, 26/12/2017, “Di Matteo, Marcela Fernanda c. Schaupt Beatriz Marta s/ordinario ([www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)); CNCom., sala B, 27/9/2013, “Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. Citibank NA s/beneficio de litigar sin gastos”, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar); CNCom., sala B, 19/12/2013, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Mercantil Andina Compañía de Seguros SA s/ordinario”, [elDial.com](http://elDial.com) - AA8530; CNCom., sala D, 4/12/2008, “Adecua c. BNP Paribas SA y otro s/ordinario”, LL 2009-A, LL del 16/2/2009; CNCom., sala D, 15/11/2012, “Adecua c. Toyota Compañía Financiera S.A. s/beneficio de litigar sin gastos s/incidente de apelación art. 250 CPC”, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar); CNCom., sala D, 4/12/2012, “Unión de Usuarios y Consumidores y otro c. Banco Hipotecario SA s/ordinario”, [elDial.com](http://elDial.com), AA773F; CNCom., sala E, 9/8/2012, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco Roela SA s/sumarísimo”, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar); CNCom., sala E, 10/9/2013, “Proconsumer c. Wal Mart Argentina SRLs/ beneficio de litigar sin gastos”, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar); CNCom., sala E, 30/6/2014, “Acyma c. Arife SA s/sumarísimo”, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar); CNCom., sala E, 30/9/2015, “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur Proconsumer c. Sociedad Militar Seguro de Vida Institución Mutualista s/sumarísimo”, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar); CNCom., sala E, 15/11/2016, “Proconsumer c. Compañía Financiera Argentina SA s/ordinario”, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar); y CNCom., sala E, 27/3/2018, “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c. Banco Itaú Argentina SA s/beneficio de litigar sin gastos”, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar).

a la Justicia, pero nunca avanzó sobre las costas del proceso (10).

• En el derecho laboral, si bien los trabajadores gozan de un “beneficio de gratuidad” (cfr. art. 20 de la ley 20.744 (11)), dicha circunstancia no los exime del pago de las eventuales costas en caso de resultar vencidos (aunque se establece como excepción que su vivienda no podrá ser afectada) (12). En línea con lo expuesto, no resultaría equitativo concederle mayor protección a un consumidor que a un trabajador, pues ello afectaría el principio de igualdad (cfr. art. 16 de la CN), máxime si se considera que el trabajador normalmente reclama rubros de naturaleza alimentaria. (13) En tal sentido, se ha señalado también que no puede pasarse por alto que, en el caso de las asociaciones de consumidores, éstas reciben subsidios del Estado y aportes de quienes contribuyen a su financiamiento mientras que los trabajadores, en cambio, no reciben dichos recursos, todo lo cual refuerza la idea de que no sería razonable asignarle a aquéllas mayor protección que a estos últimos (14).

(10) CNCom., sala D, 4/12/2008, “Adecua c. BNP Paribas SA y otro s/ordinario”, LL 2009-A; LL del 16/2/2009.

(11) Art. 20.— El trabajador o sus derechohabientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo. Su vivienda no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno. En cuanto de los antecedentes del proceso resultase pluspetición inexcusable, las costas deberán ser soportadas solidariamente entre la parte y el profesional actuante.

(12) CNCom., sala E, 9/8/2012, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco Roela SA s/sumarísimo”, *www.pjn.gov.ar*; y CNCom., sala E, 27/3/2018, “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c. Banco Itaú Argentina SA s/beneficio de litigar sin gastos”, *www.pjn.gov.ar*.

(13) CNCom., sala A, 3/11/2015, “Lombardo Ileana Elizabeth c. Banco Itaú Argentina SA s/ordinario”, *www.pjn.gov.ar*; CNCom., sala D, 15/11/2012, “Adecua c. Toyota Compañía Financiera SA s/beneficio de litigar sin gastos s/incidente de apelación art. 250 CPC”, *www.pjn.gov.ar*; y CNCom., sala D, 4/12/2012, “Unión de Usuarios y Consumidores y otro c. Banco Hipotecario SA s/ordinario”, *elDial.com AA773F*.

(14) CNFed. Civ. y Com., sala III, 17/5/2012, “Proconsumer c. Air Canada s/beneficio de litigar sin gastos”, *El Dial Express 1/8/2012*.

• Si el legislador hubiera querido establecer que las acciones basadas en la LDC se encuentran alcanzadas por el beneficio de litigar sin gastos así lo hubiera hecho empleando la terminología pertinente y no utilizando un término distinto que se presta a ambigüedad. (15) El proyecto original establecía que las acciones alcanzadas por el BJD también estarían exentas del procedimiento de mediación previa “así como de otros gastos y trámites previos a la promoción de aquellas”. En función de lo expuesto, queda claro que la intención del legislador fue originalmente eliminar las restricciones económicas para promover demandas, pero nunca estuvo entre sus objetivos eliminar la responsabilidad por las costas frente a un resultado adverso de la pretensión (16). A su vez, también se dice que, en su momento, varios proyectos de ley incluían expresamente el término “beneficio de litigar sin gastos” y, a pesar de ello, el legislador optó por utilizar el término “beneficio de justicia gratuita” (17).

• Si se interpretara que el BJD alcanza a las costas del proceso se produciría una afectación a la garantía de igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional y con aplicación concreta en el art. 34, inc. 5, del Cód. Proc. Civ. y Com. No puede convalidarse que se le otorgue a un litigante (el actor) lo que se le niega al otro (el demandado). En tal sentido, no resultaría ajustado a tales principios hacerle cargar al demandado las costas de su derrota,

(15) CNFed. Civ. y Com., sala III, 17/5/2012, “Proconsumer c. Air Canada s/beneficio de litigar sin gastos”, *El Dial Express 1/8/2012*.

(16) CNCom., sala B, 19/12/2013, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Mercantil Andina Compañía de Seguros SA s/ordinario”, *elDial.com - AA8530*; CNCom., sala D, 4/12/2012, “Unión de Usuarios y Consumidores y otro c. Banco Hipotecario SA s/ordinario”, *elDial.com AA773F*; CNCom., sala E, 9/8/2012, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco Roela SA s/sumarísimo”, *www.pjn.gov.ar*; CNCom., sala E, 13/5/2014, “Acyma c. Management Deportivo SA s/sumarísimo”, *www.pjn.gov.ar*; y CNCom., sala E, 27/3/2018, “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c. Banco Itaú Argentina SA s/beneficio de litigar sin gastos”, *www.pjn.gov.ar*.

(17) CNCom., sala D, 15/11/2012, “Adecua c. Toyota Compañía Financiera S.A. s/beneficio de litigar sin gastos s/incidente de apelación art. 250 CPC”, *www.pjn.gov.ar*.

pero no hacer recaer sobre el actor las costas de la suya (18).

- Nunca podría la LDC establecer la aplicación del beneficio de litigar sin gastos pues se trata de una institución procesal que debe ser regulada por las leyes locales de cada provincia (cfr. arts. 121 a 123 de la Constitución Nacional) (19). En tal sentido, puede hacerse referencia al art. 25 de la Ley 13.133 de la Prov. de Buenos Aires (Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios), según el cual “las actuaciones judiciales promovidas por consumidores o usuarios, individual o colectivamente, de conformidad con las normas de defensa del consumidor, estarán exentos del pago de tasas, contribuciones u otra imposición económica. El juez al momento de dictar la sentencia impondrá las costas evaluando la proporcionalidad del monto de la pretensión y los costos del proceso con la capacidad económica de las partes”.

- Las excepciones a los preceptos generales no pueden crearse por inducción o extenderse vía interpretación a supuestos no contemplados expresamente y, en el caso particular, la LDC no establece exención con relación a las costas (20).

### III.2. Posición amplia

Según esta posición, el BJG tiene alcance amplio y, de este modo, exime al actor no solo de la tasa de justicia, sellados y demás gastos relativos al inicio de un expediente judicial, sino también de las costas del proceso.

(18) CNFed. Civ. y Com., sala II, 18/3/2013, “Consumidores de Pie Asociación Civil c. Telefónica Móviles Argentina SA”, *elDial.com* AA8003.

(19) CNFed. Civ. y Com., sala III, 17/5/2012, “Proconsumer c. Air Canada s/beneficio de litigar sin gastos”, *El Dial Express*, 1/8/2012. Ver también: PERRIAUX, Enrique J., “La justicia gratuita en la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor”, LL 2008-E-1224.

(20) CNCom., sala B, 19/12/2013, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Mercantil Andina Compañía de Seguros SA s/ordinario”, *elDial.com* - AA8530; CNCom., sala E, 9/8/2012, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco Roela SA s/sumarísimo”, *www.pjn.gov.ar*; CNCom., sala E, 27/3/2018, “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c. Banco Itaú Argentina S.A. s/beneficio de litigar sin gastos”, *www.pjn.gov.ar*.

Entre los fundamentos esgrimidos en apoyo de esta posición se encuentran los siguientes:

- Los arts. 53 y 55 de la LDC no limitan el alcance del BJG. En consecuencia, no cabe otra interpretación que la irrestricta gratuidad del trámite procesal en todos sus aspectos (21), lo cual aparece reforzado —además— por el art. 3º de la LDC que impone la interpretación más favorable al consumidor en caso de duda. (22)

- La interpretación amplia del BJG es la que mejor se ajusta a la finalidad tuitiva de la LDC, cuyo objetivo es promover una amplia y efectiva protección de los derechos de los consumidores (de raigambre constitucional). La finalidad del BJG es posibilitarle al consumidor (ya sea en forma individual o en clave colectiva) acceder a los tribunales disminuyendo las barreras de acceso (que no están dadas únicamente por la eventual escasez de recursos económicos, sino también por la posición de debilidad que normalmente ostenta frente al proveedor) y evitar que el costo para que el consumidor se vea resarcido no termine siendo superior al valor del producto adquirido (23).

(21) CNCom., sala C, 12/7/2012, “Damnificados Financieros c. Banco Credicoop Coop. Ltda. s/beneficio de litigar sin gastos (LL Online: AR/JUR/43990/2012); CNCom., sala F, 8/2/2011, “Red Argentina de Consumidores c. HSBC Bank Argentina SA s/beneficio de litigar sin gastos”, *elDial.com* AA6A56; CNFed. Civ. y Com., sala II, 15/5/2014, “Proconsumer c. Pluna Líneas Aéreas Uruguayas SA s/beneficio de litigar sin gastos”.

(22) CNCom., sala B, 24/8/2016, “Zoli, Sergio c. Caja de Seguros S.A. s/beneficio de litigar sin gastos”, *www.pjn.gov.ar*; CNCom., sala F, 11/12/2012, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Córdoba SA s/beneficio de litigar sin gastos”, *www.societario.com*, referencia 22.601; CNCom., sala F, 7/7/2016, “Proconsumer c. Snow Travel Argentina SA s/beneficio de litigar sin gastos”, *www.pjn.gov.ar*; CNCom., sala F, 8/6/2017, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ordinario”, *www.pjn.gov.ar*.

(23) CNCom., sala C, 29/8/2011, “Proconsumer c. Farmaplus SA s/beneficio de litigar sin gastos”, *www.pjn.gov.ar*; CNCom., sala C, 5/4/2017, “Zárate, Paula Andrea c. Banco Itaú Argentina SA s/ordinario”, *www.pjn.gov.ar*; CNCom., sala F, 8/2/2011, “Red Argentina de Consumidores c. HSBC Bank Argentina SA s/beneficio de litigar sin gastos”, *elDial.com* AA6A56; CNCom., sala F, 8/6/2017, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ordinario”, *www.pjn.gov.ar*; y CNCom., sala F,

• La redacción original del art. 53 del proyecto de la ley 24.240 preveía, en su párrafo final, el BJG para toda actuación judicial iniciada de conformidad con dicho régimen. Dicha previsión fue observada por el Poder Ejecutivo señalando: “el beneficio de litigar sin gastos, o carta de pobreza, se encuentra regulado en forma específica por las leyes provinciales locales (...) y torna innecesaria la previsión del artículo 53, la que por otra parte podría alentar la proliferación de acciones judiciales injustificadas”. De tal modo, queda corroborado que el BJG fue en aquel momento asimilado al beneficio de litigar sin gastos. Luego, el proyecto de la ley 26.361 propuso modificar el art. 53 en los siguientes términos: “Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio. En todos los casos los jueces, al imponer las costas, lo harán evaluando la proporcionalidad del monto del juicio y los costos del proceso con la capacidad económica de las partes”. Finalmente, la última parte de la norma (relativa a la imposición de costas) no quedó receptada en el texto legal y, en tal sentido, dicha circunstancia reafirmaría la interpretación de que el BJG incluido en la LDC alcanza a las costas (24).

• La distinción entre el BJG y el beneficio de litigar sin gastos obedece a que este último incluye la tasa de justicia y, al ser esta última un tributo local, su exención no puede figurar en una ley de fondo de alcance nacional. De este modo, la correcta interpretación sería que en el orden nacional el BJG alcanza tanto la tasa como las costas, mientras que en el orden provincial comprende solamente las costas y el aspecto relativo a la tasa de justicia queda sometido a lo que se disponga en cada jurisdicción (25).

22/3/2018, “Acyma Asociación Civil c. Emporio Gastronómico Argentino s/beneficio de litigar sin gastos”, *www.pjn.gov.ar*.

(24) CNCom., sala B, 24/8/2016, “Zoli, Sergio c. Caja de Seguros S.A. s/beneficio de litigar sin gastos”, *www.pjn.gov.ar*.

(25) CNCom., sala B, 24/8/2016, “Zoli, Sergio c. Caja de Seguros S.A. s/beneficio de litigar sin gastos”, *www.pjn.gov.ar*, donde también se cita CNCom., sala F, 11/11/2010,

• La LDC no remite al ordenamiento procesal que rige en el lugar de tramitación del proceso, sino que simplemente confiere la gratuidad sin otro requisito o aditamento (26). El hecho que se hubiera utilizado el término BJG en lugar de beneficio de litigar sin gastos obedece a que se quiso evitar una injerencia en la autonomía de las provincias, pero no implica que el BJG no tenga los mismos efectos y alcances que la concesión de un beneficio de litigar sin gastos. Además, se trata de una prerrogativa que emana de la ley en sí y que, al menos en el caso de las asociaciones de consumidores, no se vincula con la ausencia de recursos suficientes para el proceso. Y a todo evento, corresponde destacar que en reiteradas oportunidades la Corte legitimó la inclusión de institutos procesales en leyes nacionales o códigos de fondo con el objeto de asegurar la debida protección, vigencia, efectividad y ejercicio de derechos fundamentales.

• El hecho que el art. 53 permita que el demandado inicie un incidente de solvencia para hacer cesar el BJG en los casos de acciones individuales demuestra que dicho instituto alcanza a las costas. De lo contrario, no existiría interés en el demandado para promover el incidente de solvencia y, en todo caso, el interesado sería el Fisco (27).

Finalmente, cabe señalar que, entre quienes postulan la admisión de un criterio amplio a la hora de interpretar los alcances del BJG, existen algunos que han sostenido que, no obstante ello, corresponde que los tribunales se expidan en torno a las costas, pues ello resulta necesario para fijar los honorarios de los actores procesales en función del éxito procesal obtenido y para que luego estos puedan percibir su remuneración por las tareas cumplidas en el proceso (cfr. arts. 77 y 84 del Cód. Proc. Civ. y Com.,

“Aparicio, Myriam Susana y otros c. Caja de Seguros SA s/ordinario”.

(26) CNCom., sala F, 8/6/2017, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ordinario”, *www.pjn.gov.ar*.

(27) CNCom., sala B, 24/8/2016, “Zoli, Sergio c. Caja de Seguros S.A. s/beneficio de litigar sin gastos”, *www.pjn.gov.ar*; CNCom., sala C, 9/3/2010, “Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c. Banco Río de la Plata SA s/beneficio de litigar sin gastos”.



art. 49 de la ley 21.839 y arts. 57 y 59, inc. h], de la ley 27.423) (28).

### III.3. La posición de la Corte

El primer indicio brindado por la Corte sobre el tema puede ubicarse en una declaración de inadmisibilidad de un recurso extraordinario interpuesto por una asociación de consumidores, donde —luego de rechazar el recurso con fundamento en el art. 280 del CPCCN— señaló que lo hacía “sin especial imposición de costas en virtud de lo establecido en el art. 55, segundo párrafo de la ley 24.240”. (29) En el mismo criterio se pronunció luego la Corte en 2012 (30).

Posteriormente, en 2014 la Corte fue un poco más lejos y trató el tema al resolver una revocatoria interpuesta por una asociación de consumidores contra una condena en costas dispuesta por dicho tribunal. Allí la Corte dijo: “en el fallo (...) se omitió valorar que en el caso resultaba plenamente aplicable el art. 55, último párrafo de la ley 24.240, en cuanto otorga a las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva el beneficio de justicia gratuita. Por ello, se hace lugar al recurso de reposición interpuesto (...), se deja sin efecto lo resuelto en materia de costas (...), disponiéndose que en virtud de lo previsto en el artículo 55, último párrafo de la ley 24.240, no corresponde en el caso imponer las costas a la parte actora vencida” (31). Como puede verse, la Corte no amplió demasiado sobre el tema y resolvió con la sola invocación de la norma que entendió aplicable. Nada más que eso.

(28) CNCom., sala F, 8/6/2017, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ordinario”, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar).

(29) CS, 11/10/2011, “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/sumarísimo”, eDial.com AA773D. Cabe destacar que la Dra. Argibay votó separadamente postulando la imposición de las costas a la actora en razón de que esta no habría invocado a su favor el art. 55 de la LDC, lo cual hace presumir que, de haber existido dicha invocación, el fallo hubiera sido unánime.

(30) CS, 26/6/2016, “Cavaliere, Jorge y otro c. Swiss Medical SA”, LL 2012-D-165, LL del 3/9/2012.

(31) CS, 30/12/2014, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ordinario”.

Luego de 2014, la Corte mantuvo en distintos fallos el criterio expuesto anteriormente (es decir, no impuso costas invocando el art. 55 de la LDC) hasta principios de 2018 (32). A partir de febrero de 2018, la mayoría de los miembros de la Corte ha mantenido el mismo criterio (33), pero el Dr. Rosenkrantz ha votado en disidencia imponiendo las costas con invocación del art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. (34) (lo cual haría presumir que se enrola en la posición restrictiva).

A todo lo expuesto cabe agregar un fallo más dictado por la Corte en 2015 (35), aunque referido al depósito del recurso de queja previsto por el art. 286 del Cód. Proc. Civ. y Com. Allí la Corte admitió un pedido de una asociación de

(32) CS, 10/2/2015, “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina SA y otros”; ídem, 7/4/2015, “Damnificados Financieros Asoc. Civil para su defensa c. Banco Patagonia Sudameris SA s/sumarísimo”; ídem, 22/12/2015, “Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. Cablevisión SA s/cumplimiento de contrato”; ídem, 10/5/2016, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. s/ordinario”.

(33) CS, 20/2/2018, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/sumarísimo”; ídem, 10/7/2018, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Banco de la Provincia de Córdoba SA s/ordinario”; ídem, 10/7/2018, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Banco Patagonia S.A. s/ordinario”; ídem, 10/7/2018, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Banco de la Provincia de Buenos Aires SA s/ordinario”; ídem, 4/12/2018, “Adecua c. Nuevo Banco Industrial de Azul SA s/ordinario”; ídem, 4/12/2018, “Adecua c. Interplan SA de Ahorro p/fines determinados s/ordinario”; ídem, 4/12/2018, “Adecua c. Coto Centro Integral de Comercialización SA y otros s/ordinario”; ídem, 26/12/2018, “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Galeno Argentina SA s/sumarísimo”, LL AR/JUR/74295/2018; ídem, 26/12/2018, “Usuarios y Consumidores Unidos c. AMX Argentina SA s/proceso de conocimiento”.

(34) Circunstancia que hace presumir que dicho magistrado se encontraría enrolado en la posición restrictiva en cuanto a los alcances del art. 55 de la LDC, aunque se desconocen sus argumentos toda vez que en sus votos únicamente se ha limitado a citar el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com., sin ningún tipo de explicación adicional.

(35) CS, 24/11/2015, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Nación Seguros SA s/ordinario”.

consumidores para que se la exima del pago de dicho depósito (necesario para poder interponer un recurso de queja) en los siguientes términos:

"(...) en el artículo 42 de la Constitución Nacional se establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

"Asimismo, se asigna un rol fundamental en esta materia a las autoridades públicas, a quienes se designa como encargadas de proveer a la protección de esos derechos.

"(...) la efectiva vigencia de este mandato constitucional, que otorga una tutela preferencial a los consumidores, requiere que la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías, sino que además asegure a los consumidores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales.

"(...) en este sentido deben interpretarse las modificaciones que la ley 26.361 introdujo a la Ley de Defensa del Consumidor en materia de acciones judiciales que los consumidores y usuarios pueden iniciar cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

"En particular, y en cuanto al planteo efectuado en autos interesa, corresponde recordar que en dicha norma se dispone que 'Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio'. A su vez, en el artículo 55 se establece que 'Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo

58 de esta ley. Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita'.

"(...) los claros términos del precepto reseñado permiten concluir que, al prever el beneficio de justicia gratuita, el legislador pretendió establecer un mecanismo eficaz para la protección de los consumidores, evitando que obstáculos de índole económica pudieran comprometer su acceso a la justicia y, en consecuencia, privarlos de la efectiva tutela de los derechos consagrados en el texto constitucional.

"No es posible soslayar que, en el marco de las relaciones de consumo, el consumidor se encuentra en una situación de debilidad estructural, por ello, y en orden a preservar la equidad y el equilibrio, resulta admisible que la legislación contemple previsiones tuitivas en su favor.

"En este sentido, la gratuidad del proceso judicial configura una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de consumo.

" (...) el otorgamiento del beneficio no aparece condicionado por el resultado final del pleito, pues la norma lo prevé 'para todas las acciones iniciadas en defensa de intereses colectivos'. Una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir allí donde la ley no distingue (...) sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores —y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses— a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos.

"(...) por las razones expuestas, no cabe exigir en autos el depósito previsto en el art. 286 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación".

Más allá de que muchos adeptos a la posición amplia utilizan este fallo para tratar de llevar agua a su molino, lo cierto es que el mismo se refiere —como se dijo más arriba— al depósito del art. 286 del CPCCN, institución que —vale destacar— aparece más ligada al "acceso a la jurisdicción" que a las consecuencias de la tramitación

de un proceso. De este modo, la situación allí resuelta parece más asimilable a la tasa de justicia (sobre cuya eximición a partir de lo dispuesto por los arts. 53 y 55 de la LDC no hay dudas, ni siquiera entre quienes postulan la interpretación restrictiva del alcance del BJB) que a las costas (sobre lo cual se centra hoy la discusión).

A partir de señalado puede concluirse que, hasta el momento, la Corte no resolvió en forma fundada si el BJB alcanza o no a las costas del juicio. (36) Ni siquiera citó el fallo antes transcrito en sus posteriores fallos en los cuales no impuso costas en virtud del art. 55 de la LDC. Dicha circunstancia hace que sigan existiendo tribunales (la mayoría) que prescinden del criterio de la Corte y sostienen la posición restrictiva (37) por las siguientes razones:

- La Corte solo decide en los procesos concretos que le son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos.
- Las decisiones de la Corte existentes hasta el momento se limitaron a no imponer las costas en virtud del art. 55 de la LDC, pero no fueron precedidas de una fundamentación específica, ni resultaron la respuesta a especiales agravios sobre el tema.
- Las decisiones de la Corte se refieren al art. 55 de la LDC, que es una norma de derecho común y procesal. De este modo, cualquier interpretación al respecto no genera deber de acatamiento en los tribunales inferiores como sí lo generaría la exégesis sobre alguna cuestión federal.

(36) En tal sentido, se ha señalado que “las salas que componen este tribunal se encuentran divididas en cuanto a la interpretación de esas normas, sin que la CSJN haya esclarecido el tema, pues se limitó a no imponer costas a la actora vencida ‘en virtud de lo previsto en el artículo 55, último párrafo’ (...) o ‘no exigir (...) el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal (...)’ en mérito a lo establecido legalmente” (CCom., sala B, 24/8/2016, “Zoli, Sergio c. Caja de Seguros SA s/beneficio de litigar sin gastos, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)).

(37) CCom., sala D, 4/12/2012, “Unión de Usuarios y Consumidores y otro c. Banco Hipotecario SA s/ordinario”, elDial.com AA773F; CCom., sala E, 9/8/2012, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco Roela S.A. s/sumarísimo”, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar); CCom., sala E, 27/3/2018, “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c. Banco Itaú Argentina S.A. s/beneficio de litigar sin gastos”, en [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar).

- La aplicación de los fallos de la Corte no es obligatoria para los tribunales ordinarios y, si bien se ha resuelto que éstos tienen un deber moral de ajustar sus decisiones a las de la Corte, lo cierto es que también tienen libertad para apartarse de dichas decisiones aportando “nuevos” fundamentos.

#### IV. El BJB en el Anteproyecto

El Anteproyecto regula las acciones de “Protección Judicial del Consumidor” en su capítulo 5 y lo hace en dos secciones separadas. La primera (arts. 162 a 170) regula las “Acciones individuales”, mientras que la segunda (arts. 171 a 182) regula los “Procesos colectivos de consumo”.

En el caso de las acciones individuales, el art. 168 establece: “Las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita, que se considera comprensivo del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto, excepto en el caso de temeridad o malicia o pluspetición inexcusable”. Por su parte, en cuanto a las acciones colectivas, el art. 171, *in fine*, establece: “Los procesos colectivos de consumo en defensa de los derechos de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita”.

Como puede verse, el Anteproyecto pretende superar la discusión sobre el alcance del BJB y toma partido por la posición amplia, pues pareciera surgir claramente del art. 168 que el BJB alcanza no solo a los gastos asociados al acceso a la Justicia sino también las costas y todo otro gasto. Desde ya, el art. 171 tiene el mismo alcance por cuanto, si bien no repite la última parte del art. 168, refiere al mismo instituto regulado en aquel con el mismo nombre y sin restringir su alcance.

Estas normas del Anteproyecto nos generan ciertas reflexiones (tal vez las primeras dado lo novedoso del tema) que serán expuestas en los acápite siguientes.

##### IV.1. ¿Cuál parece ser la ratio legis del BJB contemplado en el Anteproyecto?

Nada tiene que ver el BJB instaurado en el Anteproyecto con la carencia de recursos económi-

cos de los consumidores o de las asociaciones de consumidores que deduzcan y prosigan acciones de consumo. No parece que estemos ante una presunción (ni absoluta ni relativa) de carencia de recursos económicos. Por el contrario, el BJS pareciera estar instaurado como un derecho inherente a la calidad de consumidor del accionante o de los sujetos representados por la asociación actora en un proceso colectivo. Todo ello con la finalidad de garantizar el fácil y rápido acceso a la Justicia, entiendo la palabra “acceso” en sentido amplio y no necesariamente vinculada al inicio propiamente dicho de la acción (pues, en tal caso, el BJS se hubiera limitado a los gastos de inicio y no a las costas). A su vez, la solución del Anteproyecto parece estar pensada como instrumento para lograr que los proveedores tengan incentivos para cumplir las normas. Desde ya, la conducta de un proveedor inescrupuloso (cualidad que *per se* no puede ser asignada a todos los proveedores) no será la misma cuando los consumidores potencialmente afectados por sus eventuales incumplimientos tienen un rápido y fácil acceso a la Justicia (ya sea vía individual o colectiva) que cuando el acceso a los tribunales sea lento, complejo y plagado de barreras económicas.

Todas estas cuestiones pueden advertirse en el capítulo V.5.1. del mensaje de elevación del Anteproyecto, donde sus redactores dicen: “En el artículo 168 se precisan los alcances del beneficio de justicia gratuita, cuestión que generó opiniones diferentes en el seno de la Comisión. La norma que finalmente se produjo, importa una toma de posición definida en orden a la naturaleza de este beneficio. No se trata de un beneficio de litigar sin gastos, o carta de pobreza, o figura similar, motivada por la carencia de medios económicos para acceder a la Justicia. La finalidad del beneficio aquí reconocido radica en garantizar al consumidor el acceso a la Justicia por su condición de tal, sin otro requisito. Es éste uno de los instrumentos que permite dotar de mayor efectividad de a los derechos del consumidor, y no se instituye de manera directa en beneficio del actor en particular, sino de todo el colectivo de consumidores. La posibilidad de evitar cortapisas que limiten el acceso a la Justicia constituye en sí misma un instrumento más de regulación del mercado,

tendiente a evitar que se produzcan violaciones a los derechos de los consumidores”.

**IV.2. ¿Los arts. 168 y 171 del Anteproyecto son normas de fondo o normas procesales? ¿Cuándo iniciaría la vigencia de dichas normas si el Anteproyecto se convirtiera en ley? ¿Qué sucedería con los procesos en trámite?**

Según surge del capítulo V.5.1 del mensaje de elevación del Anteproyecto, “la necesidad de normas procesales en las leyes de fondo se justifica cuando aquéllas son indispensables para asegurar la efectividad de los derechos reconocidos en estas últimas. La Corte ha ratificado en reiterados pronunciamientos la constitucionalidad de tales regulaciones. Además, en el mundo cada vez más globalizado e interconectado de manera instantánea (...) y en donde los cambios son constantes, contar con presupuestos básicos procesales para toda la Nación constituye una realidad imperiosa. Ello ha quedado de manifiesto en la regulación del CCC en el que, además de multiplicidad de normas procesales en las diversas Instituciones, se han consagrado partes específicas y estructuradas sobre proceso sucesorio y en las relaciones de familia”.

Más allá de la cuestión relativa a si una ley nacional puede o no regular válidamente cuestiones procesales de índole —tal vez— local (aún si las mismas fueran simplemente “presupuestos básicos”), lo cual constituye una cuestión que excede el objeto de este trabajo (38), el hecho que estemos ante normas de naturaleza procesal (circunstancia que aparece reconocida y declarada en el mensaje de elevación del Anteproyecto) resulta relevante para reflexionar sobre la aplicación temporal de estas normas a los procesos judiciales.

Desde ya, no caben dudas de que, en caso de convertirse en ley, los arts. 168 y 171 del Anteproyecto serían aplicables a las acciones

(38) Al respecto se ha señalado: “el Congreso de la Nación se encuentra autorizado a introducir en las leyes sustanciales, normas de carácter procesal, en la medida que resultan necesarias a los fines de garantizar la eficacia del instituto fondal” (JUNYENT BAS, Francisco - FLORES, Fernando, “La tutela constitucional del beneficio de gratuidad contenida en el art. 53, LDC”, LL Online AR/DOC/1630/2011).

iniciadas luego de su entrada en vigencia (39). Ahora bien, ¿qué sucedería con los procesos en trámite (40) al momento de entrada en vigencia de la eventual ley que se sancione con el texto del Anteproyecto? Una primera aproximación al tema (sin perjuicio de que podría haber distintos matices que justifiquen afinar la interpretación) podría ser la siguiente:

(i) Procesos iniciados bajo el actual régimen de la LDC en los cuales, al momento de entrar en vigencia la nueva ley, no existiera una resolución disponiendo que el BJK no abarca las costas.

En estos casos, pareciera que la nueva ley sería aplicable de modo inmediato y, en consecuencia, podría decirse que estos procesos deberían tramitarse y resolverse de acuerdo con esta última. Ello encontraría justificación en el hecho que, conforme ha señalado la Corte en reiteradas ocasiones, las normas procesales son de aplicación inmediata a procesos en trámite, aún en el caso de silencio de ellas (41).

Sin embargo, no queda tan claro que esa sea la interpretación adecuada. Tal vez la nueva ley debería aplicarse a partir del inicio de su vigencia, pero no en forma retroactiva pues, aun en caso de no existir una sentencia, podría afectarse el derecho de propiedad de las partes y de los profesionales involucrados. De este modo, podría entenderse que las costas vinculadas con labores profesionales realizadas antes de la entrada en vigencia de la nueva ley deberían quedar alcanzadas por el régimen de la actual LDC (y la interpretación que del mismo haga el tribunal actuante), mientras que las costas vinculadas con labores profesionales realizadas luego de la entrada en vigencia de la nueva ley deberían quedar alcanzadas por el nuevo régimen.

(39) Desde que el texto legal sancionado determine o, en su defecto, desde el octavo día de su publicación, según el art. 5º del Código Civil y Comercial de la Nación.

(40) Por ejemplo, corresponde señalar que existen en la actualidad numerosos incidentes en los cuales distintas asociaciones de consumidores han solicitado que se les conceda el BJK con alcance amplio (es decir, incluyendo las costas) y en donde los demandados se opusieron al progreso de dichas peticiones.

(41) Fallos 181:288, 215:470; 241:123; 242:308; 246:183; 306:1223; 317:499 y 327:2703.

En tal sentido, la Corte ha señalado que “las obligaciones de las partes respecto de los peritos no resultan alteradas por la modificación introducida al art. 77 del Código citado por la ley 24.432, toda vez que los trabajos realizados por los peritos fueron llevados a cabo íntegramente con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva previsión legal, por lo que mal puede ser aplicada sin afectar la garantía de inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Constitución Nacional. En este orden de ideas, esta Corte ha expresado que cuando, como en la especie, una situación se ha desarrollado en forma íntegra ‘frente al amparo de determinadas normas mal puede valorarse el mérito, la extensión, la cuantificación del trabajo y las responsabilidades derivadas de la imposición de costas de acuerdo al nuevo régimen legal’” (42).

(ii) Procesos iniciados bajo el actual régimen de la LDC en los cuales, al momento de entrada en vigencia de la nueva ley, existiera una resolución disponiendo que el BJK no abarca las costas.

Si la resolución en cuestión estuviera firme, pareciera que no correspondería aplicar la nueva ley por las razones expuestas en el punto (i) anterior y, además, porque en caso contrario se vería afectada la “cosa juzgada”, que es un instituto tan importante como los derechos de los consumidores directamente vinculado con la garantía constitucional de propiedad (cfr. art. 17 de la CN).

A su vez, si la resolución en cuestión no estuviera firme, pareciera que la solución debería ser idéntica, por las razones expuestas en el punto (i) anterior y también porque, si bien las leyes procesales son de aplicación inmediata a las causas pendientes, ello será así siempre y cuando dicha aplicación no importe privar de validez a los actos procesales cumplidos o deje sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores (43).

(42) CS, 18/6/1998, “García, Jorge c. Reynot Blanco, Salvador Carlos”, Fallos 321:1757. En similar sentido: CS, 12/9/1996, “Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, Fallos 319:1915.

(43) CS, 10/5/1994, “Orellana, Francisco s/denuncia”, Fallos 317:499.

### IV.3. *La novedad más importante: las excepciones a la aplicación del BJB*

Como se ha explicado, el art. 168 del Anteproyecto establece: “Las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita, que se considera comprensivo del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto”. Sin embargo, establece también que lo anterior aplica “excepto en el caso de temeridad o malicia o pluspetición inexcusable” (44).

A su vez, en el capítulo V.5.1 del mensaje de elevación, luego de explicar los motivos que los llevaron a consagrar el alcance amplio del BJB, los redactores del Anteproyecto reconocen que “ello no importa conceder un permiso para litigar sin consecuencia patrimonial alguna, y de allí que se disponga en la parte final de la norma que el beneficio se pierde en caso de temeridad, malicia o petición inexcusable (por ejemplo, en el caso de reclamarse un daño inexistente). El criterio del juez al aplicar la regla y la excepción será dirimente a fin de garantizar los derechos de todos los involucrados”.

Más allá de que se entiende la idea de consagrar el alcance más amplio posible del BJB en reclamos individuales, lo cierto es que existen ciertos reparos en cuanto a la idea de consagrar el mismo alcance del BSJ para las acciones colectivas. Normalmente, estamos hablando de reclamos que involucran importes de gran magnitud (45) y, en tal sentido, si se admitiera

la posición amplia sobre el alcance del BJB, se consagraría una desigualdad procesal evidente y contraria a lo dispuesto por los arts. 16 de la CN y 34, inc. 5.c, del Cód. Proc. Civ. y Com.

Dicha desigualdad estaría dada por las siguientes circunstancias:

En primer lugar, porque la actora podría efectuar cualquier tipo de planteo y/o promover todo tipo de incidentes sin riesgo de costas y, a su vez, sin la limitación del segundo párrafo del art. 69 del Cód. Proc. Civ. y Com. (46), mientras que el demandado —en cambio— encontraría más limitado su derecho de defensa, pues —a diferencia de la actora, que “jugaría gratis”— tendría sobre sí la espada de Damocles de las costas (fijadas normalmente sobre los montos en juego) y del art. 69 antes mencionado.

En segundo lugar, porque, si se asimilara el BJB al beneficio de litigar sin gastos, aún en caso de resultar ganador el demandado, podría ser declarado responsable por el pago de los honorarios de los numerosos peritos (contadores, actuarios, informáticos, etc.) que suelen ofrecer las partes en este tipo de procesos en un 50% (si resultara aplicable el art. 9º de la ley 24.432 (47)) o en un 100% (si resultara aplicable el art. 59, inc. h), de la ley 27.423 (48)).

En tercer lugar, cabe tener presente que la contingencia que involucra para un proveedor un reclamo individual es totalmente distinta a la contingencia involucrada en un reclamo colectivo y cualquier operador jurídico que haya

(44) En sentido concordante, los tribunales han señalado que resulta “necesario que, al acordar la LDC el beneficio de justicia gratuita a las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley”, los jueces actúen con suma prudencia al proveer una demanda a fin de establecer si la misma encuadrada en ella. Asimismo, habrá de ponderarse —en la oportunidad procesal correspondiente— si resulta aplicable la exención prevista en el art. 53, ley 26.361, en caso de que el consumidor incurriera en las actitudes previstas en el CPCCN (arts. 45 y 72) a fin de evitar la posible utilización abusiva de tal normativa que desvirtúe los fines para los cuales se la instituyó” (CNCom., sala B, 24/8/2016, “Zoli, Sergio c. Caja de Seguros SA s/beneficio de litigar sin gastos”, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)).

(45) Basta pensar en cualquier reclamo deducido contra una entidad financiera reclamando que se deje de percibir un cargo o comisión que se califica como

ilegítimo y que, a su vez, se restituya lo percibido por tal concepto, con más intereses desde cada percepción hasta el efectivo pago y la multa civil del art. 52 bis de la LDC.

(46) “No se sustanciarán nuevos incidentes promovidos por quien hubiere sido condenado al pago de las costas en otro anterior, mientras no satisfaga su importe o, en su caso, lo dé a embargo”.

(47) Según esta norma, “los peritos intervinientes podrán reclamar de la parte no condenada en costas hasta el 50 % de los honorarios que le fueran regulados”.

(48) Dicha norma establece que “en aquellos casos en que las costas sean impuestas a quien cuente con el beneficio de litigar sin gastos, los peritos podrán reclamar la totalidad de sus honorarios a la parte no condenada en costas, independientemente del derecho que tenga ésta de repetir contra la obligada al pago. Previamente, deberán intimar el pago al condenado en costas”.

intervenido en un proceso colectivo lo sabe. No es lo mismo ejercer el derecho de defensa (siempre estamos hablando —lógicamente— de una defensa razonable) en juicios individuales que hacerlo en juicios colectivos, donde se presentan numerosas situaciones que la mayoría de las veces ni siquiera se encuentran reguladas (pues todavía no existe una ley que los reglamente). No es lo mismo litigar sobre terreno firme que litigar sobre un pantano, máxime cuando en ese pantano una de las partes litiga gratis y la otra lo hace amenazada por las eventuales costas y gastos antes descriptos. Evidentemente, no estamos ante situaciones similares y, por ende, corresponde que la ley no las trate como si lo fueran.

Y si bien podría decirse que, a los efectos de consagrar el alcance amplio del BJDG “no interesa en rigor la solvencia o insolvencia de la asociación de consumidores, sino que se presume que las acciones iniciadas por estas entidades, que tienen una finalidad tuitiva del consumidor, contienen un reclamo serio y, por eso, merecen el beneficio otorgado” (49), lo cierto es que la práctica forense de todos los días demuestra que muchas veces sucede lo contrario.

En efecto, existen ciertas asociaciones de consumidores que inician y tramitan acciones colectivas que, si bien son deducidas inicialmente sin monto determinado, tienen notable magnitud económica (50). Y lo peor de todo es que, en muchos casos, dichos reclamos:

- No tienen el más mínimo atisbo de procedencia (por ejemplo, aquellas acciones iniciadas contra toda una industria mediante el recurso de *copy - paste* sin referencia concreta a las operaciones del demandado en particular

(49) BOQUIN, Gabriela, “Adecuada interpretación del beneficio de justicia gratuita en las acciones colectivas”, publicado en [www.casi.com.ar/sites/default/files/ponencia%203%20san%20isisidro%20-%20Gabriela%20Fernanda%20Boquin.pdf](http://www.casi.com.ar/sites/default/files/ponencia%203%20san%20isisidro%20-%20Gabriela%20Fernanda%20Boquin.pdf) (con cita a JUNYENT BAS, Francisco - FLORES, Fernando, “La tutela constitucional del beneficio de gratuidad contenida en el art. 53, LDC”, *Semanario Jurídico*, nro. 1801, t. 103, 2011-A-445).

(50) Muchas veces estamos hablando de reclamos que, si se declararan procedentes, tendrían entidad para poner en jaque la existencia misma del demandado y sus operaciones.

y sin constatar si efectivamente el demandado incurre en la práctica cuestionada).

- No encuentran apoyo normativo en la LDC, sino en otras normas (por ejemplo, el caso de ciertas acciones vinculadas con la retención o percepción de impuestos por parte de ciertos proveedores o algunas otras en las cuales se reclama el resarcimiento de supuestos daños y perjuicios invocando normas que ni siquiera forman parte de la LDC).

- No cumplen alguno o ninguno de los presupuestos de admisibilidad requeridos por la jurisprudencia de la Corte y por su acordada 12/2016(51) (por ejemplo, aquellas acciones en las cuales no existe una clase determinada, los sujetos representados por la actora no se encuentran en una situación de homogeneidad o los reclamos individualmente considerados ascienden a importes que de ningún modo puede sostenerse que desalientan la acción individual).

Considerando lo señalado, es válido pensar que tal vez hubiera sido mejor que el Anteproyecto estableciera un régimen diferente en cuanto al alcance del BJDG para reclamos colectivos (52), contemplando no solo la situación de los consumidores representados por la actora, sino también la situación del demandado y de los profesionales intervinientes (53).

(51) Entre otros: causa fáctica o normativa común que provoque la lesión a los derechos, pretensión focalizada en los efectos comunes, afectación del derecho a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado, identificación del colectivo afectado, adecuada representación, etcétera.

(52) En tal sentido, cabe señalar que el borrador del anteproyecto de ley que aparece en la plataforma de [www.justicia2020.gob.ar](http://www.justicia2020.gob.ar) establece en su art. 19: “Las acciones judiciales iniciadas en defensa de derechos de incidencia colectiva no están sujetos al pago de la tasa de justicia y sellados propios del trámite procesal. Las costas se rigen por las reglas comunes previstas en los ordenamientos procesales locales” (disponible en <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2018/05/Anteproyecto-de-Ley-Procesos-Colectivos-FINAL.pdf>).

(53) Cabe hacer referencia, por ejemplo, al art. 87 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, que establece: “Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada

Sin embargo, y si de ver el vaso medio lleno se trata, puede decirse que la última parte del art. 168 del Anteproyecto constituye un avance. No obstante, habrá que ver cómo los tribunales interpretan y aplican dichas excepciones en los distintos casos particulares que lleguen a su conocimiento. Si bien no se espera que el rechazo de una demanda implique automáticamente interpretar que la actora incurrió en temeridad, malicia o pluspetición inexcusable, tampoco pareciera razonable que se adopte una interpretación por demás restrictiva sobre la procedencia de las excepciones. Concretamente, no parece razonable pensar que los jueces deban quedar limitados por los requisitos previstos en las normas tradicionales para la configuración de “temeridad” (54), “malicia” (55) o “pluspe-

má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos” ([http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)). Básicamente, la norma transcripta consagra el alcance amplio del beneficio de gratuidad para las asociaciones de consumidores, pero seguidamente establece también que, si se comprobara que actuaron de mala fe, queda sin efecto el beneficio y, además, corresponde imponerles una multa de diez veces el valor de los costos del juicio, la cual recae sobre la asociación y también sobre las autoridades responsables de la proposición de la acción.

(54) “La temeridad consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad. Se configura, por lo tanto, frente a la conciencia de la propia sinrazón (...) En otras palabras, incurre en temeridad la parte que litigar sin razón valedera y tiene, además, conciencia de la carencia de sustento de su posición, es decir que debe existir un elemento objetivo, como es la ausencia de razón, para obrar en juicio y otro subjetivo referido al conocimiento del justiciable de lo infundado de su posición procesal. Se configura así, a partir del conocimiento que tuvo o debió haber tenido el litigante de su falta de motivos para deducir o resistir la pretensión, vale decir, aunque se peque de reiterativo, la conciencia de la sinrazón de sus planteamientos, abusando de la jurisdicción” (HIGHTON, Elena I. - AREÁN, Beatriz A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Hamurabi, Buenos Aires, 2004, t. 1, p. 758).

(55) “La malicia es considerada como la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su

tación inexcusable” (56) (como si estuviéramos hablando de un tipo penal), sino que pareciera más adecuado (y sobre todo más acorde con el derecho de defensa de los demandados —que también debe protegerse—) interpretar que estamos hablando de simples pautas orientativas. Tal vez hubiera sido mejor que el Anteproyecto utilizara otros términos distintos a los utilizados, pero lamentablemente no lo hizo.

La interpretación propuesta adquiere mayor razón de ser si se tiene en cuenta que, en los juicios colectivos, la actora debiera ser una entidad “idónea” para representar intereses ajenos, por lo cual su conducta debería ser valorada desde la óptica del art. 1725 del Cód. Civ. y Com. (57).

En definitiva, el rol de los jueces a la hora de aplicar estas excepciones y ponerle coto a los reclamos manifiestamente improcedentes deducidos “a caballo” del BJK será clave para poner cada cosa en su lugar y ello —vale des-

decisión, habiéndosela caracterizado también como la conducta de quien dificulta la pronta terminación del pleito injustificadamente (...) Se trata, pues, de una modalidad de actuar mediante articulaciones tendientes a retardar u obstaculizar el trámite del proceso, con presentaciones manifiestamente improcedentes o chicaneras, ofendiendo o causando un perjuicio al contrario y, en definitiva, a la misma jurisdicción, con la consecuente violación a los principios que rigen el proceso” (HIGHTON, Elena I. - AREÁN, Beatriz A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, cit., t. 1, p. 759).

(56) “La pluspetición debe reunir ciertos requisitos para actuar como eximente de costas: 1. Debe ser inexcusable. Requiere la existencia de elementos de juicio que acrediten la mala fe del actor o que descarten la probabilidad de que éste haya incurrido en error. Es decir, se necesita que la parte actora haya pretendido a sabiendas o por negligencia grave mucho más de lo que se le debía. 2. El demandado debe haber reconocido el monto hasta el límite establecido en la sentencia. La admisión por la contraparte del monto fijado por la sentencia debe ser real, oportuna, incondicionada y efectiva en cuanto a la cantidad. 3. El monto reclamado no debe ser materia de prueba por parte del actor ni debe depender del arbitrio judicial, de juicio pericial o de rendición de cuentas” (HIGHTON, Elena I. - AREÁN, Beatriz A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, cit., t. 2, p. 96).

(57) “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de sus consecuencias”.



tacar— surge del mensaje de elevación del Anteproyecto, donde sus redactores afirman: “el criterio del juez al aplicar la regla y la excepción será dirimente a fin de garantizar los derechos de todos los involucrados”.

En sentido coincidente con lo expuesto, ciertos autores que se pronunciaron a favor del alcance amplio del BJK bajo la ley actual han afirmado también: “No dudamos de que el otorgamiento de un beneficio de justicia gratuita con carácter amplio (...) puede derivar en usos temerarios e irresponsables por parte de los operadores, pero sería un grave error utilizar este argumento para evitar conceder al art. 55 de la LDC un alcance apropiado para asegurar que este tipo de acciones colectivas se planteen ante los estrados de la justicia y cumplan con sus finalidades (...) En este orden de ideas, estamos convencidos de que no puede juzgarse un instrumento (...) exclusivamente por el modo en que es utilizado por los operadores. Lo que hay que pensar (...) es cómo controlar y juzgar a los operadores. Esto es, cómo diagramar mecanismos adecuados para minimizar las posibilidades de abuso, tal como se ha hecho —por ejemplo— con las conductas dilatorias y temerarias en el marco del proceso tradicional, y con las conductas reñidas con la ética profesional en el marco del derecho disciplinario ejercido por los Colegios de Abogados. Claro que sería ingenuo plantear que estos tradicionales dispositivos de control y sanción funcionan adecuadamente en la actualidad. Sin embargo, nuestro argumento no descansa sobre esa premisa sino en el hecho de que los abusos en el campo de las acciones colectivas no son distintos a los abusos cometidos en otros campos del derecho, y que el problema está en la falta de sanción efectiva de quienes los cometen, no en el sistema en sí. Desde esta perspectiva, entendemos que en lugar de afirmar dogmáticamente que la interpretación amplia del beneficio de justicia gratuita estaría concediendo un *bill* de indemnidad para accionar de modo impulsivo e irresponsable en el campo colectivo, deberíamos pensar en echar mano a distintos mecanismos e institutos que permiten minimizar, cuando no anular, este riesgo de abuso (como puede ser un adecuado control en la representatividad de las asociaciones —cuestión exigida por ‘Halabi’ y su progenie—, un análisis acabado de la legiti-

mación, la aplicación de sanciones efectivas a nivel judicial y administrativo para quienes cometen los abusos, entre otras)” (58).

Finalmente, más allá de la interpretación que corresponda asignarle al BJK bajo la LDC actual o a las excepciones previstas en el art. 168 del Anteproyecto (que se interpretan también aplicables al supuesto del art. 171), no puede dejar de señalarse que, si bien las acciones (individuales o colectivas) deducidas invocando la LDC contarían con el BJK, dicho beneficio debería caer (aun existiendo una resolución firme al respecto) si la demanda fuera rechazada porque los supuestos afectados por la conducta cuestionada no revistieran la calidad de “consumidores” y no resultara, por ende, aplicable la LDC. Ello, pues de lo contrario se estaría extendiendo el efecto (excepcional, por cierto) del BJK a casos que no se encontrarían alcanzados por el mismo. Después de todo, el art. 82 del CPCCN (cuya aplicación analógica al caso parece razonable postular) establece que “la resolución que denegare o acordare el beneficio no causará estado” (59).

(58) GALEAZZI, Mariela - VERBIC, Francisco, “Acciones colectivas y beneficio de justicia gratuita”, LL 2014-E-462. En similar sentido: VERBIC, Francisco, “La Corte Suprema y el beneficio de justicia gratuita en casos colectivos promovidos por asociaciones de defensa del consumidor”, LL 2016-A-187.

(59) “(...) en el expediente principal (...) el tribunal receptó (...) la defensa de falta de legitimación activa opuesta por las accionadas y en consecuencia rechazó la acción entablada por la asociación de consumidores. Ahora bien, contra esa decisión se interpuso recurso extraordinario, el cual se encuentra actualmente a estudio de la CSJN. Síguese de ello que, efectivamente, se encuentra discutido en los obrados si la accionante se encuentra, o no, legitimada para deducir la demanda entablada contra las quejas. Si bien esta circunstancia puede no puede ser ignorada a la hora de otorgar el beneficio de gratuidad, sin embargo, tampoco corresponde que fuese tomada como elemento dirimente para su rechazo (...), dado que la cuestión no se encuentra aun definitivamente zanjada. Estímase entonces que la pretensión aquí deducida debe ser examinada y decidida en orden a los elementos que aquí se ofrecen, más teniendo en cuenta —para el caso en que sea confirmada la excepción de falta de legitimación activa— que la resolución que acuerda el beneficio no causará estado” (CNCom., sala D, 15/11/2012, “Adecua c. Toyota Compañía Financiera SA s/beneficio de litigar sin gastos s/incidente de apelación art. 250 CPC”, [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)). En similar sentido: “(...) el planteo está íntimamente relacionado

Incluso en aquellos casos en los cuales no resulte clara *ab initio* la posible aplicación de la LDC, podría exigirse que la existencia de una relación de consumo sea debidamente acreditada (o, al menos, con cierto grado de verosimilitud) para que la actora pueda acceder (al menos provisoriamente, de acuerdo con lo dicho en el párrafo anterior) al BJJG (60). Dicha solución sería un medio razonable para preservar la igualdad de las partes en el proceso.

---

con la cuestión vinculada a la legitimación activa esgrimida por la actora, de modo que dado el diferimiento de la cuestión (...) habrá de decidirse con el criterio de este Tribunal, más de modo provisorio, pues de resultar adversa la decisión respecto de la falta de legitimación de la accionante, deberá ésta abonar los gastos que aquí se le eximen” (CNCCom., sala B, 19/12/2013, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Mercantil Andina Compañía de Seguros SA s/ordinario”, elDial.com - AA8530).

(60) “(...) La parte actora reclama una indemnización por los daños y perjuicios —según sus dichos— ocasionados por las codemandadas como consecuencia de la utilización no autorizada de su imagen. Asimismo, reclama la suma de un millón de pesos en concepto de daño punitivo en los términos del artículo 52 bis de la ley 24.240. El magistrado de grado teniendo en cuenta los montos reclamados le hizo saber a la actora que debía ingresar en concepto de tasa de justicia la suma de \$ 33.600. La recurrente manifiesta que no corresponde ingresar suma alguna en concepto de tasa de justicia en razón de lo dispuesto por el artículo 53 de la ley 26.331 que establece el beneficio de justicia gratuita en los supuestos que el reclamo se sustente en la ley de derecho del consumidor. En el caso, cabe señalar que no se advierte *prima facie* la existencia de una relación de consumo que habilite a la recurrente a eximirse del pago de la tasa de justicia, ello sin perjuicio de lo que en su debida oportunidad procesal se resuelva respecto del daño punitivo reclamado en los términos del art. 52 bis de la ley 26.631. En efecto, la mera invocación de la existencia de una supuesta relación de consumo no implica que la parte actora cuente con el beneficio de gratuidad que establece la ley de defensa del consumidor, puesto que tal como lo señala el Sr. Representante del Fisco en su dictamen de fojas 78 se corre el riesgo de beneficiar con el servicio gratuito de justicia a un gran número de actuaciones por el solo hecho de encuadrar la pretensión en una relación de consumo. Cuando la relación de consumo no resulta manifiesta, no rige de manera automática el beneficio de gratuidad ya que la misma debe ser debidamente acreditada por la parte que la invoca y valorada por el juez de la causa” (CNCiv., sala H, 22/12/2016, “Attias, María Emilia c. Google Inc. y otro s/daños y perjuicios”).

## V. Conclusión

Como se ha visto a lo largo del trabajo, la cuestión relativa al alcance del BJJG previsto en la LDC actualmente vigente se encuentra todavía discutida y no existe un criterio uniforme en los tribunales al respecto. Tal vez sea recomendable, al menos a nivel nacional, que las distintas Cámaras de Apelaciones (cuyas Salas tienen criterios distintos sobre el tema) dicten fallos plenarios, ya sea como consecuencia de algún recurso de inaplicabilidad de ley (cfr. art. 288 del Cód. Proc. Civ. y Com.) o por iniciativa propia (cfr. art. 302 del Cód. Proc. Civ. y Com.) (61). Mientras ello no ocurra, la discusión se mantendrá viva y los tribunales seguirán fallando en distintos sentidos, lo cual no contribuye para nada a la previsibilidad de sus decisiones y genera —además— un aumento de la litigiosidad que podría evitarse.

Si de tomar partido en la discusión se trata, pareciera que, por lo menos en el caso de las acciones colectivas y fundamentalmente cuando involucran reclamos de notable importancia económica, la posición restrictiva es la que logra el más adecuado equilibrio entre los distintos intereses en juego. Ello toda vez que contempla no solamente la situación de los consumidores y de las asociaciones que pretenden representarlos garantizándoles un acceso fácil a la Justicia sin trabas económicas, sino también porque resguarda razonablemente el derecho de defensa e igualdad procesal de los proveedores demandados y el derecho de los abogados, peritos y demás auxiliares intervinientes en los procesos a perseguir el cobro de sus honorarios profesionales (de carácter alimentario).

Considerando lo expuesto y más allá de que, tal vez, hubiera sido mejor que el Anteproyecto estableciera un régimen diferente (quizás más parecido a la posición restrictiva que existe hoy en la jurisprudencia), la excepción consagrada en la última parte de su art. 168 (aplicable —según cabe interpretar— tanto a procesos individuales como a procesos colectivos) constituye un avance importante en la materia pues, de algún modo, contempla la situación del de-

---

(61) Cfr. ley 27.500, con vigencia a partir del 10/1/2019, de acuerdo con su art. 7°.

mandado y los profesionales y auxiliares intervinientes en los procesos.

Si el Anteproyecto se convierte en ley, habrá que ver cómo los jueces interpretan y aplican dichas excepciones, siendo esperable que lo hagan con la mesura y razonabilidad (pero tam-

bién con el coraje) que las circunstancias del caso demandan. Después de todo, como señala el mensaje de elevación del Anteproyecto, “el criterio del juez al aplicar la regla y la excepción será dirimente a fin de garantizar los derechos de todos los involucrados”.



# La intervención del Ministerio Público Fiscal en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

GABRIELA BOQUIN (\*) Y GONZALO M. RODRÍGUEZ (\*\*)

## I. Introito

Emprender la ardua tarea de redactar un anteproyecto de ley de defensa del consumidor constituye, sin lugar a dudas, un importante desafío. La comisión redactora se enfrentó así, ante una de las materias que ha tenido mayor evolución y avances en los últimos años —tanto teórico, jurisprudencial como fáctico— dentro del derecho argentino, por lo que los lineamientos que se plasmarán en el texto definitivo impactarán de manera directa en el devenir y desarrollo, tal vez por varias décadas, de la sociedad de consumo.

Por ello, entendemos que el texto que se propone necesariamente deberá ser profundamente debatido, analizado, y consensuado con todos los operadores que se encuentran involucrados en el ámbito de la “Protección Jurídica de Consumidores y Usuarios”.

---

(\*) Fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, a cargo del programa de Protección de Usuarios y Consumidores del MPF, profesora titular de Derecho Comercial 1 y 3 de la Universidad Católica de la Plata, profesora adjunta regular por concurso de la UBA en Elementos de Derecho Comercial y profesora titular de Concurso y quiebras de la Universidad Nacional de J. C. Paz. Es publicista, conferencista y autora de diversas obras como *La defensa del consumidor*, Editorial DyD, en coautoría con el Dr. Gonzalo Rodríguez.

(\*\*) Prosecretario letrado de la Procuración General de la Nación, profesor de diversas universidades, conferencista, publicista, coordinador de la obra *Manual de derecho de consumo*, Erreius y coautor de *La defensa del consumidor*, Editorial DyD.

El derecho de consumo es una especialidad con cambios permanentes derivados de los mismos modificaciones constantes del mercado siendo quizás la rama más viva dentro del derecho patrimonial pues esas mutaciones se interrelacionan y deben compatibilizarse de manera directa y casi espontánea con los valores y principios de nuestra sociedad, con el reconocimiento y la tutela de los débiles o más vulnerables en esa relación asimétrica que regula la materia, sumándole la realidad cotidiana y económica teniendo siempre como meta final, principio o valor la protección de la dignidad de la persona humana y de una sociedad más justa para todos.

Celebramos por ende la iniciativa de la editorial Thomson Reuters, agradeciendo su invitación para participar en ella, y en el marco del respeto que en todo debate académico debe existir emprendemos el análisis sobre la intervención del Ministerio Público Fiscal en el anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor.

## II. El Ministerio Público Fiscal. Su rol en el sistema republicano de gobierno

Para realizar un adecuado diagnóstico acerca de las facultades que reconoce la ley al Ministerio Público Fiscal debemos necesariamente referirnos a su rol dentro del sistema republicano de gobierno.

Así, tratando su función debemos considerar que las mismas se encuentran ligadas a las bases mismas del sistema republicano de gobierno adoptado por nuestra Nación, de

acuerdo a lo que dispone el art. 1° de la Carta Magna (1).

En efecto, el Ministerio Público ha recibido por art. 120 (2) de la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, el mandato de defender la legalidad y velar por los intereses generales de la sociedad.

Este mandato, otorgado por el Poder Constituyente, emerge directamente del pueblo soberano y, por ello, no es una simple potestad jurídica sino un verdadero poder público constitucional que erige al Ministerio Público en un órgano constitucional esencial de la República Argentina (3).

En el caso "Lamparter" (4) la Corte Suprema delineó —aún antes de la reforma constitucional de 1994— el rol que el Ministerio Público debe cumplir para preservar el orden público y procurar la defensa del orden jurídico en su totalidad. Pero más recientemente, el más alto Tribunal en los autos "Recurso de hecho deducido por el fiscal general de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Quiroga, Edgardo Oscar s/causa nro. 4302" (5), destacó que afectar la independencia del Ministerio Público introducida por el art. 120 de la Constitución Nacional implica desconocer el sentido de la separación entre jueces y fiscales "como instrumento normativo básico para el aseguramiento del derecho de defensa".

(1) Art. 1° CN: La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

(2) Art. 120 CN: El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

(3) BECERRA, Nicolás E., *El Ministerio Público Fiscal*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 72.

(4) CS, 6/10/1992, "Lamparter, Ernesto Juan c. Baldo s/daños y perjuicios", Fallos 315:2255.

(5) CS, fallo citado, Q.162. XXXVIII, 23/12/2004, Fallos 327:5863.

Para así decidir, la Corte consideró los orígenes del art. 120 de la Constitución Nacional y señaló que el miembro informante por el dictamen de la mayoría de la Convención Constituyente sostuvo que a través de una fórmula sencilla se daba "...cauce a la constitucionalización de un órgano con carácter independiente de los poderes Ejecutivo y Judicial, y que su incorporación buscaba de manera terminante [acabar con] la controvertida cuestión de la ubicación institucional del Ministerio". El juez Maqueda, en el caso, concluyó que "los constituyentes consideraron que mejor se sirve a la administración de justicia con un Ministerio Público fuera ella".

Como lo explicó el Dr. Fayt en su voto, la reforma constitucional de 1994 ha significado un profundo cambio, en tanto ha erigido al Ministerio Público como una magistratura particular situada junto a los jueces, que cumple sus funciones propias, en estrecha conexión con ellos, pero con la necesaria independencia que requiere un órgano de contralor.

Desarrollando la misma idea, el Dr. Zaffaroni sostuvo que "La Constitución Nacional ha establecido la forma republicana de gobierno basada en la división de poderes, a fin de establecer un delicado equilibrio de atribuciones específicas y controles recíprocos, para garantizar el funcionamiento armónico del sistema".

Con respecto al interés que representa el Ministerio Público se ha dicho que: "...entendemos que el Ministerio Público viene a obrar como una suerte de condicionante del juez, como su más efectivo control en el desarrollo de la actividad jurisdiccional; puesto que es una parte especial que representa, en el proceso, al interés social en abstracto, independientemente de la mayoría gobernante. Representa a la sociedad en su totalidad como elegido defensor del orden jurídico al que se somete la comunidad en su conjunto" (6).

Ahora bien, como lo hemos ya expresado, dentro del diseño institucional, el Ministerio Público Fiscal tiene la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legali-

(6) GHERSI, Carlos, *Responsabilidad profesional*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 80.

dad de los intereses generales de la sociedad. La finalidad de la intervención del Ministerio es promover la protección de los derechos de los consumidores. La introducción de los arts. 42 y 43 de la CN en la reforma de 1994 significó dotar a los consumidores que hallen afectados sus derechos patrimoniales de una protección especial. Estas cláusulas constitucionales tienen el máximo vigor normativo (art. 31 CN) y crean en los demás poderes del Estado el deber de instrumentar las garantías para que esa protección se haga efectiva.

En este punto, resulta fundamental señalar que la protección de consumidores y usuarios, constituye una de las manifestaciones del interés general de la sociedad que nuestro ordenamiento jurídico ha evidenciado.

Ello se ratifica en la actualidad en la lectura de dos fórmulas normativas que la propia ley de defensa del consumidor determina. Por un lado, la obligatoria intervención —como fiscal de la ley o como legitimado activo— del Ministerio Público Fiscal en toda causa donde se aplique, discuta o pretenda excluir a la ley 24.240 (art. 52) y, por otro, en la categorización de orden público que se le ha asignado a dicha tutela (art. 65).

El anteproyecto de ley de defensa del consumidor, como veremos a continuación, reitera esa fórmula normativa aunque excluye al Ministerio Público Fiscal, a nuestro criterio erróneamente, del elenco de legitimados activos para acción colectivas fundadas en derechos individuales homogéneos.

### ***II.1. La intervención del Ministerio Público Fiscal en las acciones individuales de consumo***

El art. 165 del texto proyectado establece que “En las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual, o en contra de ellos, el Ministerio Público Fiscal actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

El juez deberá disponer esta intervención de oficio en el decreto inicial que dé trámite a la demanda, o a pedido de parte si el demandado invoca la existencia de una relación de consumo.

En caso de ausencia de planteo al respecto, pero si el juez estima que la cuestión debatida podría quedar emplazada en dicha categoría, deberá disponer su intervención ante tal eventualidad, en cuyo caso deberá pronunciarse sobre la cuestión al dictar sentencia, sin que la resolución que dispone tal intervención pueda ser considerada como un adelanto de criterio.

En todas las instancias, como último acto previo al dictado de la resolución que corresponda, deberá correrse vista de todo lo actuado al Ministerio público Fiscal a fin de que emita su dictamen.

El Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para proponer medidas de prueba e interponer recursos, solo en salvaguarda del orden público de las relaciones de consumo.

La falta de intervención del Ministerio Público Fiscal causará la nulidad del proceso, excepto solamente que este último comparezca y ratifique lo actuado, o no plantee la nulidad”.

Como punto de partida, el precepto transcrito determina la intervención del Ministerio Público Fiscal como fiscal de la ley en un ámbito muy determinado. Nos referimos a aquellas causas donde un consumidor, considerado individualmente, persiga el reconocimiento de su derecho.

Ello, ya se encontraba regulado en el art. 52 de la ley 24.240, lo cual resulta lógico teniendo en cuenta el orden público con el que se ha categorizado a la protección jurídica de consumidores y usuarios.

Tal vez el dato más relevante surge en el segundo párrafo del artículo, donde se dispone que el magistrado deberá dar intervención al Ministerio Público Fiscal de oficio en el decreto inicial que dé trámite a la demanda, y agrega un supuesto por demás interesante, cual es el que a pedido de parte si el demandado invoca la existencia de una relación de consumo también deberá otorgarse dicha intervención.

El presupuesto novedoso es la intervención del Ministerio Público Fiscal cuando el consumidor en juicio es “parte” demandada, lo cual hoy solo es reconocida en el ámbito nacional por la letra de la ley 27.148. Dejamos aclarado

que solo está específicamente regulado en el ámbito de la actuación del Ministerio Público ante la justicia nacional o federal, pues el supuesto no está contemplado en la ley 24.240, que prevé la posibilidad de intervención en caso de que los usuarios o las asociaciones actúen como actora en el respectivo juicio. La posibilidad de actuación en el ámbito nacional resulta en la actualidad del art. 2 e) de la ley 27.148 que en forma amplia establece que en cuanto su función de defensa de la Constitución y los intereses generales de la sociedad deberá intervenir en los casos presentados en cualquier Tribunal Federal o Nacional con competencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuando existan conflictos en los cuales se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de una de las partes o por la notoria asimetría entre ellas (7). Sobre la asimetría que existe entre los proveedores y consumidores se ha explicado que: “La ley 24.240 parte de la idea de vulnerabilidad y debilidad jurídica del consumidor y por ello ha establecido normas protectoras y de orden público (art. 67) para garantizar el pleno ejercicio de los derechos del consumidor frente al poder económico de las empresas, pretendiendo así un equilibrio entre ambos polos de la relación de consumo. La intervención del Ministerio Público (...) a los fines de garantizar ese equilibrio consagrado por la Constitución Nacional en cuanto a la igualdad entre las partes en proceso, excede en mucho al mero control del trámite impreso como pretende el codemandado...” (8).

A la norma expuesta debe sumarse lo dispuesto también por la ley 27.148 en el art. 31 incs. b) y d), los cuales trataremos más adelante.

Existen muchos casos que se evidencian en la práctica donde la previsión apuntada resultará de utilidad. Aun que tal vez el más destacado es

(7) Un caso paradigmático que se da en los tribunales comerciales es el del secuestro prendario fundado en el art. 39 de la ley 12.962 en los cuales el deudor no es citado por ende no tiene un adecuado acceso a la justicia. En este sentido ver CNCom., sala C, 23/11/2017, “Banco Santander Río S.A. c. Dakrub Hernán Raúl s/secuestro prendario”, inédito.

(8) Dictamen del Fiscal de Cámara citado por el Superior Tribunal de Córdoba el 21/7/2003, en autos “Jiménez Tomás c. Citibank N.A. y otra - Ordinario - Recurso Directo”, [“J” 05/01].

el de los procesos ejecutivos donde los consumidores son traídos a juicio en base a títulos de crédito, lo que en la doctrina se ha denominado “pagares de consumo” (9).

No obstante, este extremo que otorga la posibilidad de que el consumidor demandado denuncie la existencia de una relación de consumo para que el Ministerio Público Fiscal intervenga en el caso, no controvierte el deber de todo magistrado de que, siendo una norma de orden público, remita oficiosamente el expediente al fiscal que corresponda.

Incluso, se refuerza en la norma la intervención del Ministerio al expresamente establecer que “En todas las instancias, como último acto previo al dictado de la resolución que corresponda, deberá correrse vista de todo lo actuado al Ministerio público Fiscal a fin de que emita su dictamen”.

## ***II.2. La facultad requirente del Ministerio Público Fiscal***

Por otra parte, el artículo bajo estudio reconoce la facultad requirente del Ministerio Público Fiscal en salvaguarda del orden público. Ello resulta coincidente con lo que dispone la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

El art. 31 de la ley 27.148 regula la actuación “no penal” del Ministerio Público Fiscal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En lo que aquí respecta, establece que “La actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación en materia Civil, Comercial, Civil y Comercial Federal, Contencioso Administrativo Federal, Laboral, Seguridad Social y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estará a cargo de los fiscales y fiscales generales con competencia en esos asuntos. Estos magistrados y los titulares de las unidades fiscales en materia no penal con asiento en las provincias tendrán como función:... b) Peticio-

(9) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., - RODRÍGUEZ, Gonzalo Martín, “La extremaunción al pagaré de consumo”, LL 17/10/2012, p. 1; PAOLANTONIO, Martín E., “Crédito al consumo, pagaré de consumo y el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2018 (agosto), p. 102; ÁLVAREZ, Julieta, “Pagaré de consumo ¿Un conflicto de normas?”, RCCyC 2018 (agosto), p. 110. Entre muchos otros.



nar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional... d) Intervenir en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan”.

Si bien del artículo transcrito no quedan dudas de que normativamente el Ministerio Público Fiscal cuenta con su facultad requirente, lo que había sido reconocido con anterioridad por el art. 37 inc. b) de la antigua ley orgánica (ley 24.946), dicha facultad fue reconocida por la Corte Suprema en el caso “Abalo María s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por D’Are Libertador, SA” (10).

En dicho precedente el Máximo Tribunal entendió que: “Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento de Cámara que rechazó el planteo del Ministerio Fiscal atinente a la improcedencia de los intereses posfalenciales verificados, fundado en que su dictamen extralimitaba la extensión del recurso (art. 277, Cód. Procesal) y la sindicatura había desistido de su apelación, pues sobre la base de una disposición procesal impidió el ejercicio concreto de la facultad que le asiste al Ministerio Fiscal de la tutela del orden público (arts. 117, incs. 1 y 4 y 119, inc. 9 de la ley 1893) configurado por la protección del activo concursal y el adecuado tratamiento de los créditos concursales.

Dicho directamente: el fiscal es titular de la acción pública y, por ello, goza de plena aptitud para alegar, impugnar y recurrir, sin mengua de

ninguno de los derechos que le asisten a las partes procesales (11).

Tengamos en cuenta que el elemento definitorio de la función del Ministerio Público es su facultad requirente, dado que protege el interés general a través de la promoción de actuaciones judiciales. Este elemento distingue la actividad del Ministerio Público Fiscal de la actividad de los jueces y explica la existencia misma de este.

A juicio de Calamandrei la actividad de los fiscales, aun desplegándose ante los órganos jurisdiccionales no constituye un ejercicio directo de la jurisdicción, sino que consiste en una actividad estimuladora de los órganos que la ejercen. Tiene, pues la función específica de poner en movimiento a los órganos judiciales: consiste no en proveer, sino en requerir que los órganos competentes provean (12).

Al respecto, Monti señala que, desde una óptica superficial, la “vista al fiscal” puede aparecer a veces como un trámite más en el “pesado” mecanismo judicial. Pero si nos quedásemos allí, tendríamos una visión pobre y limitada sobre la tarea del Ministerio Público. Tras un manto de ignorancia perderíamos de vista toda la serie de casos en que los fiscales ponen en marcha su potestad requirente (peticionando medidas de cautela o de prueba, articulando nulidades, deduciendo recursos, e impulsando el proceso de múltiples maneras) (13).

De este modo, analizando específicamente la función propia que establece el art. 120 de la CN en materia no penal, se ha sostenido que la actividad que el Ministerio Público Fiscal debe realizar es la de quien inicia, impulsa un proceso como organismo que controla el cumplimiento de la ley y de la defensa del interés general en pos de un objetivo que es la sentencia que tu-

(11) JUNYENT BAS, Francisco, “El rol institucional del Ministerio Público Fiscal”, LL 10/11/2017, p. 1.

(12) Conf. CALAMANDREI, Piero, *Derecho procesal civil*, Ejea, t. II, p. 430, citado por CAFFERATA, Fernando J., “El Ministerio Público: un nuevo órgano de control del poder en la Constitución Nacional”, LL 1996-C-1347, nota al pie nro. 33.

(13) MONTI, José L., “Sobre el Ministerio Público y las Instituciones Repúblicas”, LL 1994-C-1122.

(10) CS, 5/4/1990, ED, 139-668.

tela, que abarca y reconoce un interés antes desconocido (14).

Es cierto que también los jueces deben preservar el orden público y, que es su deber respetar el orden jurídico vigente, pero ello no quita razón de ser a la tarea del Ministerio Público Fiscal, pues el tribunal no podría apelar una decisión que conculca el interés general o el derecho vigente, ni intervenir sin recurso, ni promover causas para instar la nulidad de actos o procesos que los afecten, ni tampoco como es obvio, asumir el control de su propia gestión (15).

### ***II.3. La nulidad del proceso por la falta de intervención del Ministerio Público Fiscal***

El artículo proyectado, teniendo en cuenta una visión moderna del rol que debe cumplir y la importancia con la que cuenta el Ministerio Público Fiscal, sanciona con la nulidad del procedimiento la falta del Organismo, con excepción de que comparezca y ratifique lo actuado, o no plantee la nulidad.

La sanción prevista resulta adecuada a la organización institucional de nuestra Nación, la cual ya fue descrita en el punto II del presente trabajo. Es que la falta de intervención del Ministerio Público Fiscal constituye una indebida obstaculización del cumplimiento de las funciones de este órgano extrapoder, creado constitucionalmente para proteger la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

La Corte ha asignado efectos definitivos al apartamiento del Fiscal competente, porque “importa sustraer del contralor de dicho Ministerio una serie de actos procesales de la mayor trascendencia, generando perjuicios que no cabe suponer subsanables en ulteriores instancias” (16) (cfr. Fallos 311:593).

(14) CORDONE ROSELLO, M. Alejandra, “El Ministerio Público Fiscal no penal y la defensa del consumidor”, publicado en Supl. Constitucional 2013 (abril), 9/4/2013, p. 11, LL 2013-B.

(15) MONTI, “Sobre el Ministerio Público...”, cit., p. 1123.

(16) CS, recurso de hecho deducido por la abogada de Juan Pirolo, en autos “Cacciatore Osvaldo Andrés y otros s/Administración fraudulenta”, fallo del 26/4/1988.

La intervención del Ministerio Público Fiscal como órgano constitucional, a quien los constituyentes encomendaron la defensa de la legalidad y el interés general de la sociedad, no es materia disponible para los jueces, ni para las partes. Por el contrario, resulta obligatoria para garantizar la garantía del debido proceso y el equilibrio constitucional de las instituciones.

En este sentido, se ha resuelto en los autos “Jiménez Tomas c. Citibank NA y otra s/ordinario” (17) que “la razón que determina la institución del Ministerio Público se encuentra en el interés público que se encuentre involucrado en el proceso, ‘presupuesto ontológico’ del que resulta indispensable además que tal intervención esté habilitada expresamente por ley”.

De ello se colige que “la no participación de tal órgano en un proceso en el que se encuentre comprometido el orden público no puede ser subsanada por preclusión o consentimiento del particular.”

Se agrega que “No resulta ocioso remarcar que el Ministerio Público no interviene en nombre propio ejerciendo la acción de otro, sino que su participación en el litigio de consumo lo es en virtud del ejercicio de una legitimación que le es propia y que tiene un fin distinto al perseguido por el consumidor o usuario”.

De esta manera actúa en defensa del orden público y de la ley, resguardando la regularidad del y garantizando la observancia de derechos constitucionales (18), por lo que dada la trascendencia de su función y la particularidad de la materia involucrada, la sanción de nulidad del proceso resulta jurídicamente adecuada al marco normativo en el que se inserta el Ministerio Público Fiscal.

En definitiva, la actuación del Órgano en esta tutela resulta una garantía de la norma que elevó la protección del consumidor a la jerarquía constitucional (art. 42 de la CN), que constituye una forma de realizar la igualdad ante la

(17) CCiv. y Com., 7ª Nom., 21/7/2003, Córdoba, sentencia nro. 72.

(18) ver en este sentido GOZAÍNI, Osvaldo A., *derecho procesal constitucional - Protección procesal del usuario y consumidor*, Rubinzal-Culzoni, p. 384.

ley y la igualdad en el acceso a la jurisdicción; derechos humanos básicos que indudablemente forman parte del interés general.

Ahora bien, no resulta adecuada la consideración que la nulidad por falta de intervención pueda purgarse por la ausencia de ese planteo por parte del fiscal, pues si partimos, justamente, de la premisa de la omisión de la debida vista difícilmente el magistrado que debiera haber intervenido pueda realizarlo.

### III. Conclusiones

El rol del Ministerio Público Fiscal respecto de la función que debe asumir en los conflictos de consumo se encuentra previsto en el art. 120 de la Constitución Nacional —temiendo como norte la manda del art. 43 de la Carta Magna— y hasta la fecha en las leyes 24.240 y 27.148; y si bien la Constitución Nacional y la ley 27.148, refieren y ordenan solamente al Ministerio Público de la Nación, lo cierto es que la ley de defensa del consumidor le otorga una facultad-deber preponderante a todos los fiscales, aun provinciales(19). El anteproyecto de reforma

---

(19) Las normas involucradas son los arts. 120 de la CN, 25, incs. a), b), d), f), g) y h) de la ley 24.946, art. 31 incs. b) y d) de la ley 27.148, y art. 52 de la ley 24.240.

regula con más eficacia las oportunidades en las que obligatoriamente se le debe dar intervención al fiscal: con el decreto de inicio de las actuaciones y antes de dictar sentencia, reconociendo expresamente la facultad requirente en cuanto a la facultad de solicitar medidas cautelares y medios de prueba.

Más allá de la crítica ensayada en el párrafo anterior a la letra del anteproyecto, conjugando lo hasta aquí expuesto, puede afirmarse que, siendo que la ley de defensa del consumidor una norma de orden público, el interés general de la sociedad se encuentra implicado en la protección de los consumidores y usuarios y por ende la intervención dada a los fiscales es adecuada y unifica la legislación provincial con la nacional y federal permitiendo la intervención de esos magistrados cuando el consumidor es demandado.

Nunca debemos olvidar que en la temática tratada lo que se encuentra involucrado es la tutela del débil jurídico y el correcto funcionamiento del sistema económico y financiero nacional, lo que indudablemente compromete a toda la sociedad, siendo por ende indispensable la intervención de aquel a quien la Constitución le ha encomendado su cuidado.



# Atribuciones judiciales en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

CAREN KALAFATICH (\*)

## I. Una primera aproximación: lo que se desprende de la literalidad del art. 170 del Anteproyecto de LDC

Liminarmente, la ubicación del artículo nos permite concluir que estamos frente a una norma aplicable solamente en conflictos individuales de consumo. Ello es así, toda vez que el art. 170 fue incorporado en la sección 1ª “Acciones individuales”, del capítulo 5 “Protección judicial del consumidor” que pertenece al título V, relativo al “diseño institucional”.

Sumado a ello, podemos observar también que, aunque el espíritu implícito del artículo lo constituye la posibilidad de que los jueces dicten de manera oficiosa *medidas preventivas* (2º párr.), conforme se indica en los fundamentos del Anteproyecto, el corazón explícito del artículo está dado por *el principio de congruencia* respecto del cual se desarrolla una regla y una excepción. En efecto, el artículo se divide en dos párrafos, el primero de ellos contiene la “regla” que ha de ser observada por los juzgadores al decidir un caso, y el segundo contiene la “excepción” a la misma junto con los presupuestos para su aplicación.

Ahora bien, la regla esbozada en el primer párrafo se proyecta como una síntesis que recoge las normas legales vigentes que todo juez debe observar al momento de fallar un conflicto jurídico. En efecto, el art. 34 del Cód. Proc. Civ. y Com., relativo a los deberes del juez, en su inc. 4) dispone “Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia” (1). Asimismo, el art. 3º del Cód. Civ. y Com. indica que “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada” (2). Sumado a lo expuesto, el artículo reseñado incorpora también la expresa obligación de los jueces de *ajustarse a la solución más eficaz del litigio*. Esta mención de la “eficacia”, como norte que debe guiar a la judicatura en la toma de decisiones, cobra especial sentido si consideramos, como bien señala la doctrina, que la efectividad de los procesos judiciales es uno de los aspectos centrales del derecho humano a la protección judicial que deben garantizar los Estados, y en sintonía con ello, que resulta ser el fundamento de validez

---

(1) En líneas generales todos los códigos adjetivos locales contienen normas del mismo tenor, por ejemplo, el art. 34, inc. 4) del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Buenos Aires; el art. 46, apart. “I” inc. 9) del Cód. Proc. Civ. y Com. de Mendoza; el art. 330 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Córdoba, entre otros.

(2) Sobre este tema puede verse GILES, Alejo J., “Impactos de una transformación paradigmática: la decisión judicial en el Código Civil y Comercial de la Nación argentina”, *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, IJ-DXLIV-626, nro. 12, año 2018, IJ Editores, ISSN 2422-5665.

---

(\*) Abogada (UNL). Maestranda en Derecho Procesal (UNLP). Profesora adscripta en Derecho Procesal I (UNL). Asesora en la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. Miembro de la Junta de la Comisión de Jóvenes Procesalistas de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor. Secretaria de redacción de la *Revista de Interés Público* (UNLP).

de las normas procesales en las leyes nacionales en tanto permitan (re) asegurar la eficacia o efectividad de los institutos de fondo o la existencia misma de los derechos materiales con cierta homogeneidad en todo el territorio argentino (3).

En otro orden, el segundo párrafo del art. 170 contiene dos cuestiones de relevancia para ser resaltadas, por un lado, la expresa excepción a la regla anteriormente descripta conforme la cual los jueces podrán, al resolver, apartarse de las pretensiones de las partes o bien *flexibilizar el principio de congruencia*; y, por otro lado, la implícita —pero concatenada— facultad de los jueces para adoptar *medidas preventivas oficiosas de alcance colectivo*. De acuerdo a lo indicado, para que proceda la aplicación de la excepción en un caso concreto, la norma parece disponer algunas exigencias, a saber: (i) que la flexibilización del principio de congruencia tenga como finalidad adoptar una decisión que brinde “mayor tutela y efectividad” a los derechos fundamentales de los consumidores *que no hayan sido parte en el proceso* pero que aun así puedan verse afectados por la conducta obrada del demandado; (ii) que se trate de *consumidores hipervulnerables* (v.gr., personas con discapacidad, adultos mayores, entre otros); (iii) o bien cuando se encuentren *afectados derechos fundamentales* de los consumidores (v.gr., derecho a la salud, derecho a la información, entre otros).

Esta segunda parte del articulado, en aras a su mejor comprensión, debe necesariamente ser interpretada a la luz de los fundamentos expuestos por los redactores del Anteproyecto de LDC. En primer lugar, se señala que el art. 170 consagra la posibilidad de que el juez, en el litigio individual, procure la solución más eficaz del litigio. En segundo lugar, se indica que siendo que en no pocas ocasiones la cuestión debatida puede eventualmente afectar a consumidores ajenos a la relación procesal entablada en el juicio individual, se prevé que de oficio el juzgado pueda, flexibilizando la congruencia de su pronunciamiento, disponer soluciones que permitan una adecuada tutela de los derechos de los consumidores que no han sido parte en

el proceso. Se trataría, según se expresa en los fundamentos, de una aplicación particular de lo establecido en el art. 1713 del Cód. Civ. y Com. en materia de prevención del daño.

Como puede observarse, el artículo bajo comentario contiene una extensión de la tutela judicial preventiva, aquella que en un primer momento surgió como una construcción jurisprudencial —hace ya algunas décadas—, y que en un segundo momento con —el impulso de la doctrina autoral— fue receptada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (4). De esta manera, se estaría receptando en la norma que, en cualquier tipo de proceso de consumo individual, sin que exista una pretensión preventiva, pero bajo ciertas condiciones, el juez pueda disponer una medida preventiva en la sentencia.

## II. Una segunda aproximación: una relectura del art. 170 del Anteproyecto de LDC a la luz del contexto y los antecedentes en el que se desarrolla

En este apartado pretendemos abordar algunas cuestiones que nos permiten visualizar que el art. 170 del Anteproyecto de LDC puede (y debe) ser entendido como la materialización de diversas líneas reflexivas desarrolladas y sostenidas en el tiempo tanto por la doctrina judicial como la autoral, e incluso algunas recomendaciones de Congresos Nacionales de Derecho Procesal (AADP). El punto “negativo” es que, por defecto, participará de las críticas que a las mismas le ha dirigido el *garantismo procesal*, pero, al mismo tiempo, el punto “positivo” es que también participará de las defensas y modulaciones que el *activismo procesal* les ha ido delineando.

Aquí se abordará, someramente y en aras a brindar una contextualización que nos describa el estado de las discusiones: el acceso a la justicia, la función social del proceso, las tutelas procesales diferenciadas, la flexibilización del

(3) CAMPS, Carlos E., “La pretensión preventiva de daños”, RCCyC del 17/8/2015, p. 3.

(4) Para una reseña el devenir de la medida preventiva puede verse: PEYRANO, Jorge W., “La jurisdicción preventiva civil en funciones. El mandato preventivo despachado en el seno de un proceso cuya pretensión principal resulta desestimada”, LL del 11/10/2005, LL Online: AR/DOC/2729/2005.

principio de congruencia y las medidas preventivas. El hilo conductor entre todas ellas es la preocupación por alcanzar una tutela judicial más eficiente, reconociendo que al interior del proceso el juez es la representación del Estado, con todas las derivaciones que de ello resultan. No es por casualidad que la misma preocupación en torno a la tutela eficaz atraviesa el Anteproyecto de LDC.

### **II.1. El acceso a la justicia, la función social del proceso y las tutelas procesales diferenciadas**(5)

Los aportes y discusiones en relación a los alcances y matices de la garantía de acceso a la justicia, la función social del proceso y el necesario rol activo de los jueces no son nuevos, pero han resurgido y se han resignificado con mayor fuerza en nuestra doctrina desde la “convencionalización” de la Constitución (con la Reforma de 1994) y la “constitucionalización” del Código Civil y Comercial de la Nación (con la reforma y unificación de 2014). Si antes de estos hitos ya se evidenciaba la necesidad de reformar y repensar un proceso civil obsoleto para la conflictividad que atienden los tribunales, con mucho más ímpetu se lo demanda luego de ellos por la notable ampliación de los derechos. Incluso, en el plano constitucional, la discusión va más allá de los códigos adjetivos y nos evidencia la necesidad de transformar los arreglos institucionales para lograr alcanzar la verdadera transformación social que esos nuevos derechos reconocidos prometen (6).

Más cerca en el tiempo, con el incipiente proceso de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyas bases ya se

encuentran publicadas(7), destacadas voces de la doctrina procesal como el maestro Berizonce vuelven a traer a la mesa de discusión la necesidad de un proceso más humanitario con regulaciones que contemplen a las tutelas diferenciadas(8). Antes de continuar, resulta imprescindible señalar que las normas procesales contenidas en el Código Civil y Comercial resultan, cuanto menos, un piso de marcha y un desafío para las reformas adjetivas que se están dando en las provincias y en Nación toda vez que evidencian, más allá de cualquier cuestionamiento técnico del que pudieran eventualmente ser destinatarias, un sesgo claramente progresista y comprometido con la búsqueda por alcanzar una mayor efectividad en la tutela judicial.

Ahora bien, las tutelas procesales diferenciadas(9) como propuesta o construcción teórica podríamos decir que son relativamente nuevas, pero en realidad las raíces de sus ideas o su marco teórico se remontan a mucho tiempo atrás, a los movimientos por el acceso a la justicia, la humanización del proceso y con ello la puesta en escena de su función social. A la inversa, podríamos sostener que todas esas líneas procesales encuentran su mejor proyección y continuación dentro de las tutelas procesales diferenciadas.

En este sentido, podemos recordar que en la se-ñera obra sobre acceso a la justicia de Cappelletti

(7) Disponibles en el siguiente link: <https://www.justicia2020.gob.ar/eje-civil/codigo-procesal-civil-comercial-la-nacion/>.

(8) BERIZONCE, Roberto O., “La tutela procesal de los derechos ‘sensibles’ bases para su regulación legal”, en *Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial*, ROJAS, Jorge A. (coord.), Rubinzal Culzoni, 2018.

(9) Para comprender un poco más sobre el devenir de las tutelas procesales diferenciadas pueden verse las revistas “Tutelas procesales diferenciadas - I”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2008 y “Tutelas procesales diferenciadas - II”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2009. Ambas han sido dedicadas exclusivamente a abordar este fenómeno jurídico. En especial se recomienda: BERIZONCE Roberto O., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas” y CROVI, Daniel, “La tutela al consumidor en la normativa vigente”, ambos del 2008, y BERIZONCE Roberto O., “Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas”, 2009.

(5) Sobre estos temas pueden verse los siguientes trabajos de BERIZONCE, Roberto O.: “Humanización del proceso y la justicia”, en *El proceso civil en transformación*, LEP, La Plata, 2008, ps. 23 y ss.; “El rol del juez y función social del proceso”, en *El proceso civil en transformación*, LEP, La Plata, 2008; “Virtualidad y proyecciones del acceso a la justicia”, en *Acceso a la justicia*, Revista de Derechos y Cs. Soc., Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales, UNLP, nro. 6, 2012, ps. 31 a 41; entre otros.

(6) GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz Editores, 2014, ps. 332-340.

y Garth (10), ya se comenzaba a poner de manifiesto cómo, en base a la ideología liberal de los siglos XVIII y XIX, el proceso civil estaba basado en una filosofía individualista que asociaba y limitaba el derecho de acceso al que formalmente tenían las personas para litigar o defenderse en juicio. Así, la justicia era solamente accesible para quienes podían afrontar sus costos. Los juristas que predominaban en esta ideología eran formulistas y dogmáticos, distanciados de la realidad del proceso civil, estudiantes solo de teoría y de manera exegética. Como destacaban los autores, en aquel momento tanto los juristas como los abogados no tenían consciencia de los problemas de la mayoría de la gente. Posteriormente, con el devenir de las sociedades modernas y el paulatino abandono de la ideología liberal de corte individualista, empezaron a surgir las tendencias hacia el reconocimiento de los derechos sociales por parte de los gobiernos, grupos e individuos. En este nuevo escenario ideológico se comenzó a resignificar la idea de acceso a la justicia tornándola más cercana a la que hoy conocemos. En aquel entonces, el acceso a la justicia se convirtió en el principal derecho, es decir, el más importante de los derechos humanos, constituyéndose en la columna vertebral de todo el derecho procesal civil. En este contexto, los juristas se vieron obligados a reconocer y admitir que las normas procesales cumplen una función social.

Hoy, producto de todo un camino recorrido, puede afirmarse que la idea fuerza de acceso a la justicia va más allá de la remoción de barreras económicas para acceder al proceso o incluso de la obligación de garantizar la igualdad material de armas entre los litigantes, ello sin perjuicio de reconocer que ambas cuestiones presenten debates aún no resueltos como el que se proyecta sobre la garantía de justicia gratuita en la LDC. Lo cierto es que, en estos tiempos, hablar de acceso a la justicia comprende no solo ingresar al proceso, sino principalmente permanecer en él hasta obtener una sentencia justa y luego poder ejecutarla. Comprende y exige, además, un nuevo paradigma sobre el rol de los jueces e incluso les demanda a los mismos que

miren más allá, es decir, que consideren *todo el abanico de desigualdades extraprocesales que existen en la compleja realidad social* en aras de evitar la temida “revictimización procesal” (11) de los justiciables en general, y de los consumidores en particular.

Como dijéramos, la mirada humanista del proceso encuentra en las tutelas procesales diferenciadas un espacio propicio para su despliegue. Dentro de estas, la doctrina procesal debate en general un conjunto de instituciones, procedimientos y técnicas para garantizar la *tutela de los derechos “sensibles”* (a la vida, a la salud, al trabajo, al medio ambiente, al consumo, etc.) o de *grupos de personas* a los que la propia Constitución reformada les reconoce una tutela reforzada como es el caso de los niños, las mujeres, los adultos mayores, las personas con discapacidad.

Las tutelas procesales diferenciadas, desde la visión de los maestros Morello y Berizonce, tienden hacia la promoción de *una justicia de acompañamiento* de los vulnerables y sus derechos fundamentales. En sintonía con ello, y de manera sistematizada, las propuestas van desde la creación de juzgados especializados o procesos específicos, hasta el impulso de facultades concretas para los jueces como la flexibilización de los principios (preclusión, p. ej.), la dinamización de la carga de la prueba y la prueba de oficio, la reconducción del proceso, la aplicación del principio *pro actione*, entre otras. Todas estas ideas procuran abandonar —en un ámbito tan específico y especial—, la figura del juez espectador por uno más comprometido con la resolución justa del conflicto.

Sin dudas la finalidad del art. 170 del Anteproyecto de LDC se enrola en los postulados

(10) CAPPELLETTI, Mauro - GARTH Bryant, “El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general”, CALP, 1983.

(11) La Comisión IDH aborda esta cuestión cuando habla de la “doble victimización”, en su documento “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de Derechos Humanos”, 2007, párr. 77, p. 17. También puede verse BENGOLEA, Adrián - KALAFATICH, Caren, “Reflexiones y propuestas en torno a la tutela judicial de los usuarios y consumidores”, Ponencia presentada en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal disponible online <http://www.procesal2015.org.ar/index.php/programacion-academica/ponencias>.



aquí señalados (la procura por *una tutela judicial más eficaz*), pero, además, la forma elegida para concretar ese objetivo puede y debe ser considerada como una manifestación más de las tutelas procesales diferenciadas, ello así, ya que las específicas condiciones que se imponen para el ejercicio de la facultad de flexibilizar la congruencia demuestran que su aplicabilidad está pensada especialmente para los casos de derechos sensibles o los que involucran a personas en especiales situaciones de vulnerabilidad. Afirmar que el art. 170 del Anteproyecto de LDC es un supuesto de tutelas procesales diferenciadas, permite que el mismo pueda reforzarse con todo el abanico de argumentos constitucionales, convencionales y jurisprudenciales que validan a las mismas.

## II.2. La tutela jurisdiccional preventiva. Su motorización

La tutela jurisdiccional preventiva conoció la luz primero a través de la vía jurisprudencial. Como reseña Peyrano, diversos pronunciamientos, permitieron romper con la idea de que la tarea de los jueces estaba acotada a resarcir o compensar los daños. Señalaba el autor que cuando hablamos de “mandatos preventivos” nos estamos refiriendo a materializar procesalmente el ideario “conforme al cual el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aun respecto de terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no” (12). En su origen, estas medidas eran dispuestas en el marco de procesos judiciales en los que se ventilaban otras pretensiones como, p. ej., el resarcimiento de un daño determinado, y se las disponía incluso con independencia del

éxito de las mismas. El justificativo siempre estuvo dado en los poderes implícitos del juez.

Ahora bien, conforme señala Camps(13), luego de diversos casos judiciales y con la fuerza e impulso de destacada doctrina autoral, al sancionarse el Código Civil y Comercial de la Nación se aprobó una norma que incorporaba a nuestro ordenamiento jurídico la acción preventiva autónoma, consolidando así la idea de la función preventiva de la responsabilidad civil (junto con la reparatoria y sancionatoria). Bajo este paradigma, por respuesta jurisdiccional eficaz comienza a entenderse a aquella que permite que el daño no ocurra o bien, una vez ocurrido, ordena que se detenga. El autor señala también cómo, desde lo procesal, se observa un redimensionamiento del objeto mediato de la pretensión.

Es notorio que la regulación de la medida preventiva disparó diversos interrogantes en la doctrina procesal. Ergo, siendo que de acuerdo a los fundamentos que acompañan el Anteproyecto de LDC, la propuesta plasmada en el art. 170º vendría a receptar un supuesto específico de “medida preventiva” en el marco de un proceso individual de consumo en el que no existe pretensión preventiva alguna plasmada por el actor, resulta entendible que dichos interrogantes se proyecten también sobre esta propuesta de regulación (14). Así, a la luz de las clasificaciones que propone Galdós (15), podríamos afirmar que estamos ante un *mandato preventivo de daños*, que *deberá decretarse de oficio* (ya que en caso de pedido de parte estaríamos ante supuestos regulados en el Cód. Civ. y Com., aunque acumulados con otras pretensiones o no), y *solo podrá ordenarse en la sentencia* (ya que de advertirse en otra oportunidad el juez podría hacer uso de otras herramientas instrumentales para resolver la misma cuestión). Sumado a ello, el juez podrá disponer que la medida ordenada lo sea de manera defi-

(12) PEYRANO, Jorge W., “La jurisdicción preventiva civil en funciones. El mandato preventivo despachado en el seno de un proceso cuya pretensión principal resulta desestimada”, LL 11/10/2005, LL Online: AR/DOC/2729/2005. En este artículo el autor comenta los reconocidos casos “Provincia de Salta c. Estado Nacional” de la CSJN, y “Carrizo” de la SCJBA. Sobre este tema, del mismo autor, puede verse: “Noticias sobre la acción preventiva”, LL del 9/12/2015, LL Online: AR/DOC/4310/2015; y “Más sobre la acción preventiva”, LL del 28/12/2015, LL Online: AR/DOC/4163/2015.

(13) CAMPS, Carlos E., “La pretensión preventiva de daños”, LL del 17/8/2015, LL Online: AR/DOC/2482/2015.

(14) Sobre los interrogantes que introdujo la figura pueden verse los artículos aquí reseñados de Peyrano (2015), Camps (2015) y Galdós (2017).

(15) GALDÓS, Jorge M., “Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales”, LL del 12/10/2017, LL Online: AR/DOC/2479/2017.

nitiva o provisoria, y que consista en obligaciones de dar, hacer o no hacer (art. 1713, Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, además de las condiciones o exigencias que dispone el propio art. 170 del Anteproyecto de LDC para que el juez pueda apartarse del principio de congruencia y disponer de un mandato preventivo oficioso (*terceros ausentes, hipervulnerables, derechos fundamentales, etc.*), sería saludable que también sean observadas las exigencias que plantea el propio Cód. Civ. y Com. (art. 1713), en concreto, ajustar la solución a los criterios de *menor restricción posible* y de *medio más idóneo* para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad. Sin perjuicio de ello, y cualquiera sea el caso, no caben dudas de que la decisión queda sujeta a control de los órganos jurisdiccionales superiores por las vías recursivas que disponga el ordenamiento adjetivo para el tipo de proceso en el cual fue dictada.

### **II.3. El principio de congruencia y su morigeración: ¿en qué casos? El debido proceso y el derecho de defensa como límites**

La posibilidad de flexibilizar el principio de congruencia ha sido arduamente debatida. La doctrina autoral que ha bregado por la flexibilización es la misma que se ha mostrado más comprometida con una judicatura activista que propenda a la búsqueda de decisiones justas en el marco de procesos justos, sin desmedro de las garantías constitucionales (16). Siguiendo las enseñanzas del maestro Morello, es posible señalar que los nuevos contextos históricos, sociológicos y políticos son los que permiten la resignificación de los principios y demás instituciones del derecho procesal en aras a un compromiso con la justicia de las decisiones.

Desde el punto de vista formal, más allá de exista un reconocimiento doctrinario a la facultad de los jueces de flexibilizar la congruencia, es plausible que la misma haya sido prevista en una iniciativa legislativa. En efecto, esto va en sintonía con lo que se concluyó en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP),

(16) Puede verse ENDERLE, Guillermo J., *La congruencia procesal*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, 2007.

celebrado los días 8, 9 y 10 de junio de 2011 en Santa Fe. Allí, la Comisión de Derecho Procesal Civil manifestó entre sus conclusiones que “La flexibilización del principio de congruencia es admisible como excepción cuando la ley lo permita, sin alterar el derecho de defensa de las partes, garantizando una tutela judicial efectiva” (17).

Ahora bien, desde un punto de vista sustancial, cabe preguntarnos ¿de qué hablamos cuando decimos que el juez podrá flexibilizar la congruencia? Como nos señalaba el Profesor Enderle, cuando nos referimos a la flexibilización de la congruencia el análisis se dirige hacia la *elasticidad* en orden a la valoración de las peticiones: pretensiones-oposiciones, argumentos y pruebas, que el juez moderno deberá poseer y donde el punto nodal se halla en su desiderátum: la búsqueda de una solución justa dentro del marco de un proceso justo (18). Agrega el autor que está claro que no en todos los casos podrá efectuarse esta flexibilización, sino que será *en aquellos en los que se hallen comprometidos factores o intereses que afectan a la comunidad, el orden público o el interés social, dado que es en ellos en los que se observa una atenuación a la facultad de disposición de las partes y una especial intervención del órgano jurisdiccional* (19).

Bajo este enfoque, tanto la doctrina autoral como la judicial ha sostenido que tanto los mandatos preventivos como la extensión de los efectos de la sentencia son algunas de las manifestaciones del fenómeno de morigeración a la congruencia, como resultado también de la *publicización* del proceso, sin contar aquellos otros donde subyace un particular interés público (20). En esta línea de ideas, la jurisprudencia ha reconocido que “El mandato preventivo constituye una exteriorización que se ajusta a

(17) Se puede acceder a las conclusiones completas del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal de la Asociación Argentina de Derecho Procesal en el siguiente link: [http://www.eldial.com/NUEVO/lite-tcc-detalle.asp?id=10240&base=99&id\\_publicar=&fecha\\_publicar=27/06/2011&indice=proyecto&suple=Procesal](http://www.eldial.com/NUEVO/lite-tcc-detalle.asp?id=10240&base=99&id_publicar=&fecha_publicar=27/06/2011&indice=proyecto&suple=Procesal).

(18) ENDERLE, Guillermo J., *La congruencia procesal*, cit., p. 330.

(19) *Ibidem*, p. 46.

(20) *Ibidem*, p. 327.

las ideas de flexibilización, en tanto se manifiesta como un plus sobre lo que las partes han peticionado. Se ha agregado algo, y ello ha consistido en una manifestación del poder jurisdiccional que apunta a la prevención, o sea la evitación de situaciones como las que han sido resueltas” (21).

Sentado lo expuesto, como lo resaltan algunos autores, no puede perderse de vista que “Más allá de la inevitable expansión que en la doctrina moderna se les reconoce a los poderes judiciales, no solo en pos de la humanización y el acceso a la justicia sino además por la necesaria eficacia en concreto de la sentencia y aún de los resultados del íntegro sistema de justicia, semejantes potestades solo pueden ejercerse legítimamente en el marco y con los límites que perfilan el torso del proceso civil (22).

Es en razón de lo antedicho que la doctrina judicial o autoral ha señalado en reiteradas ocasiones que, al flexibilizarse el principio de congruencia, los jueces deben necesariamente prestar atención a no introducir cuestiones de hecho sobre las cuales las partes no hubieran podido ejercer su plena y oportuna defensa, en lectura inversa, una medida preventiva tomada en valoración de los hechos conducentes y controvertidos que se encuentran probados en la causa no implicará en principio ninguna vulneración al debido proceso (23). Es en el seguimiento de estas pautas en donde radica el éxito en el ejercicio de la facultad judicial contenida en el art. 170 del Anteproyecto de LDC.

### III. Una tercera aproximación: posibles interrogantes o cuestionamientos

#### III.1. La adopción de un mandato de efectos colectivos en el marco de un proceso individual

No puede dejar de mencionarse que la redacción del segundo párrafo del art. 170 del Anteproyecto de LDC puede dar lugar a algu-

nos cuestionamientos toda vez que, si reconocemos que en un conflicto judicial “individual” hay consumidores ausentes que se encuentran afectados por la conducta del demandado, debemos al mismo tiempo reconocer y aceptar que en realidad estamos en presencia un conflicto jurídico “colectivo”. Y, como ya se ha dicho, el proceso individual y sus reglas no son adecuados para su correcta solución. Cabría, en estos casos, reconocer en la norma sustantiva la facultad judicial expresa para reconducir el proceso por la vía colectiva y mandar a integrar adecuadamente el polo activo, por ej., con la incorporación del Ministerio Público. De esta forma, tendríamos una decisión judicial preventiva adoptada en el marco de una causa colectiva, con ausentes debidamente representados, y con la observancia de las reglas del debido proceso colectivo.

#### III.2. La vaguedad que envuelve a la idea de “solución más eficaz del litigio”

Si bien resulta positivo que la norma imponga al juzgador la obligación de adoptar, dentro de un conjunto posible de soluciones, aquella que resulte “más eficaz” y que al mismo tiempo deba brindar para su escrutinio los fundamentos que la justifican, no puede dejar de señalarse que dicho concepto oscuro arroja algunas dudas o inquietudes. En efecto, ¿cuál será la solución más eficaz en un caso? ...lo será aquella que permita dar lo peticionado en el menor tiempo posible; lo será aquella que permita dar la reparación más integral al menor costo posible; lo será aquella que sea más sustentable en términos económicos, ambientales, etc. Si bien resulta complejo identificar en abstracto y a priori cuál(es) es(son) la(s) variable(s) a la(s) que debe sujetarse o ante la(s) cual(es) debe medirse una solución para resultar “la más eficaz” sería interesante que la norma pudiera contener algún(os) elemento(s) guía(s) para que el juez pueda ponderar en cada caso concreto cuál es la solución más eficaz como el grado de cumplimiento del principio de reparación integral, el factor económico, el tiempo, el nivel de impacto medioambiental, entre otros.

### IV. Conclusión

Como afirmamos previamente en otro apartado, el art. 170 del Anteproyecto de LDC es,

(21) SC Buenos Aires, 30/3/2005, “Carrizo, Carlos A. y otra c. Tejada, Gustavo J. y otra.

(22) BERIZONCE, Roberto, citado en ENDERLE, Guillermo J., *La congruencia procesal*, cit., p. 335.

(23) Puede verse SC Buenos Aires, 19/5/2004, “Alonso, Juan Carlos c. Club Estudiantes de Bahía Blanca s/cobro de haberes”.

desde todas sus aristas, la concretización de muchas cuestiones que la doctrina procesal venía discutiendo y que se encuentran interrelacionadas por presentar un norte común: *la búsqueda por lograr la efectividad de la tutela judicial*. Este artículo bajo análisis procura principalmente brindar una herramienta a los jueces para que, en su carácter de representantes del Estado en el proceso judicial, puedan materializar un objetivo primordial de nuestro ordenamiento jurídico: *prevenir daños o evitar su continuación*, máxime cuando estamos en conflictos que envuelven a sujetos merecedores de una tutela preferente (niños, adultos mayores, personas con discapacidad, entre otros) o

que ponen de manifiesto la afectación a los derechos más esenciales y fundamentales de toda persona humana (vida, salud, entre otros). En ellos, el juez tiene una tarea difícil de la cual no puede abstraerse, como si fuera un “cirujano jurídico”, ponderando las situaciones y derechos que rodean a cada conflicto, respetando siempre el debido proceso y el derecho de defensa como límites infranqueables, deberá encontrar el delicado equilibrio que le permita adoptar y justificar una decisión que no solo prevenga daños sino que al mismo tiempo sea eficiente, en el sentido de poder lograr con la menor restricción de derechos posible la mayor tutela judicial posible.

# Procesos colectivos de consumo en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

LEANDRO M. CASTELLI (\*) Y ALEJO M. GASCÓN (\*\*)

## I. Introducción

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor contiene algunas normas para regular los procesos colectivos de consumo que siguen la metodología de la actual ley 24.240 de Defensa del Consumidor, a partir de su modificación en el año 2008 (1). Desde su sanción en 1993 dicha ley sufrió doce modificaciones (2) de modo que nos parece oportuno comenzar una discusión para adaptarla a las nuevas tendencias en la materia.

Desde hace mucho tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Correa”, dispuso que la incorporación de normas federales

aplicables al proceso en una ley de fondo tiene sentido en la medida en que garanticen los derechos subjetivos en juego. (3) En el caso bajo análisis, esta metodología regulatoria encuentra, además, sustento en la falta de reglamentación del segundo párrafo del art. 43 de la CN, reclamada por la minoría de la Corte Suprema desde 2006 (4) y consolidada en el año 2009 con el voto mayoritario del reconocido fallo “Halabi” (5).

A pesar del insistente reclamo del Máximo Tribunal y de la presentación de —al menos— treinta y nueve proyectos de ley por parte de diversos legisladores en ambas Cámaras, el Congreso de la Nación no ha regulado aún los procesos colectivos (6). La razón de la demora

---

(\*) Abogado (Universidad de Belgrano). Ingresó a Marval, O’Farrell & Mairal en el año 1994 y es socio desde 2002. Como miembro del equipo de Litigios y Arbitrajes, interviene en asuntos contenciosos complejos, especialmente en reclamos derivados de responsabilidad por productos elaborados y medio ambiente. Trabajó en el estudio Davies Arnold Cooper (hoy DAC Beachcroft) en Londres, Inglaterra. Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Es miembro de la International Association of Defense Counsel (IADC).

(\*\*) Abogado (Universidad de Buenos Aires). Ingresó en Marval, O’Farrell & Mairal en 2012 y actualmente se desempeña en el área de Litigios y Arbitrajes. Antes de ingresar al Estudio, trabajó en el fuero civil del Poder Judicial de la Nación durante 8 años. Maestría en Derecho y Economía en la Universidad Torcuato Di Tella, ingreso 2015, tesis pendiente.

(1) La ley 26.361 incorpora los arts. 54 y 55 a la ley 24.240.

(2) Leyes 24.568, 24.787, 24.806, 24.999, 25.065, 25.156, 26.361, 26.622, 26.993, 27.250, 27.265 y 27.266. El dec. 27/2018 también introdujo algunos cambios.

(3) Fallos 138:154, sentencia del 22/6/1923.

(4) “Mujeres por la Vida”, Fallos 329:4593, “Ministerio de Salud”, Fallos 329:4741 y “Defensoría del Pueblo”, Fallos 329:4542, sentencias del 31/10/2006.

(5) “Halabi”, Fallos 332:111, sentencia del 24/2/2009. Además, en este fallo la Corte Suprema dio un paso más en la delimitación de las características y los requisitos de procedencia de los procesos colectivos que abordaremos más adelante.

(6) Veintinueve proyectos de ley fueron ingresados en la Cámara de Diputados: 3429-D-2005; 3698-D-2005; 1607-D-2007; 2199-D-2009; 4776-D-2009; 6010-D-2009; 5996-D-2010; 6442-D-2010; 4033-D-2011; 4055-D-2011; 2748-D-2012; 538-D-2013; 7200-D-2013; 153-D-2014; 1045-D-2014; 826-D-2015; 4527-D-2015; 6158-D-2015; 585-D-2016; 5356-D-2016; 7798-D-2016; 345-D-2017; 2710-D-2017; 2847-D-2017; 573-D-2018; 1610-D-2018; 3599-D-2018; 5463-D-2018 y 6234-D-2018 y diez proyectos en la Cámara de Senadores: S-1095/00; S-1412/09; S-1496/09; S-1786/09; S-3396/10; S-1468/12; S-66/13;

parecería injustificada, ya que resulta necesario para todas las partes de un proceso colectivo tener reglas de procedimiento claras que les permita ejercer plenamente sus derechos.

Con la sanción del Código Civil y Comercial, (7) que entró en vigencia en agosto de 2015, (8) se perdió otra oportunidad para enmendar la mora del legislador. La Comisión de Reformas, (9) encargada de preparar la flamante ley de actualización y unificación de los códigos había proyectado un marco normativo base para regular los procesos colectivos siguiendo los lineamientos de “Halabi”. Sin embargo, tales normas fueron eliminadas por el Poder Ejecutivo Nacional, el cual justificó esa acción para preservar la dualidad de derechos (individuales y colectivos) que prevé nuestra Carta Magna y además, no afectar al federalismo.

Una última propuesta de regulación, aún pendiente, (10) se llevó adelante en el marco del programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El aumento de los procesos colectivos (11) y la falta de una clara regulación procesal expusieron el riesgo del dictado de sentencias disímiles o contradictorias sobre una misma materia. La

S-1909/14; S-38/15 y S-3716/16. Varios de estos proyectos perdieron estado parlamentario y solo algunos fueron reintroducidos. El proyecto 6234-D-2018 del Dip. Ramón obtuvo dictamen con modificaciones de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados el 23 de octubre de 2018. Este proyecto no parece ser parte de la agenda legislativa para el presente año 2019 donde habrá elecciones presidenciales.

(7) Ley 26.994.

(8) Ley 27.077.

(9) Mediante el dec. 191/2011 se creó la Comisión que estuvo integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci y contaba, asimismo, con treinta subcomisiones compuestas por al menos ciento treinta juristas.

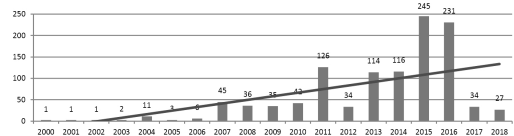
(10) En mayo de 2018 se publicó en la plataforma de Justicia 2020 el Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos. Consideramos que este Anteproyecto recibió durísimas críticas por parte de sectores de la sociedad que impulsan normas que no parece que persigan una legislación equilibrada.

(11) En el Registro Público de Procesos Colectivos figuran, al 12 de febrero de 2019, 1110 procesos en trámite según el siguiente gráfico cuya línea de tendencia denota un marcado aumento.

Corte Suprema volvió a insistir con este problema en el año 2014 y exhortó a los tribunales de grado a implementar medidas adecuadas de publicidad orientadas a evitar la superposición de procesos (12).

Más tarde, pero ese mismo año, la Corte Suprema vio cristalizada tal problemática cuando debió entender en una medida cautelar que, entre otras cosas, ordenaba a una empresa de cable refacturar el servicio prestado siguiendo una resolución de la Secretaría de Comercio de la Nación cuya aplicación, a su vez, se encontraba suspendida por otra medida cautelar recaída en otro proceso colectivo en otra jurisdicción (13). A los pocos días del fallo, el Máximo Tribunal tomó intervención regulatoria y dictó la acordada 32/14 (14) que creó el Registro Público de Procesos Colectivos y ciertas reglas de procedimiento que debían seguir los jueces del Poder Judicial de la Nación.

Posteriormente, la Corte Suprema profundizó las reglas para este tipo de procesos con el dictado de la acordada 12/16 (15). Este tribunal justificó la nueva regulación en la experiencia



Las cifras de los años 2017 y 2018 sugieren que no todos los procesos iniciados fueron registrados toda vez que el trámite previo a la anotación en el registro es lento. El significativo aumento luego del año 2014 probablemente se debió a la consolidación de la legitimación de las asociaciones luego de “PADEC” (Fallos 336:1236, sentencia del 21 de agosto de 2013).

(12) “Consumidores Financieros c. La Meridional”, Fallos 337:762 y “Consumidores Financieros c. Banco Itaú”, Fallos 337:753, sentencias del 24 de junio de 2014.

(13) “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión”, Fallos 337:1024, sentencia del 23 de septiembre de 2014.

(14) Además, invitó a los superiores tribunales de justicia de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a celebrar convenios que permitan compartir la información almacenada.

(15) Entró en vigencia el 3 de octubre de 2016 y se aplica a todos los procesos colectivos en trámite ante los tribunales nacionales o federales con excepción de aquellos que se inicien en los términos de la Ley 25.675 General del Ambiente, o que involucren derechos de per-

acumulada desde que el Registro entró en vigencia, y en los aportes y sugerencias de los tribunales y las partes en los procesos colectivos ya registrados.

Ante este escenario y teniendo en cuenta que la mayoría de los procesos colectivos en trámite ventilan cuestiones de consumo, su regulación en el Anteproyecto bajo análisis es una nueva oportunidad que no debe ser desaprovechada.

A continuación, nos referiremos al marco normativo base proyectado para los procesos colectivos de consumo en los arts. 171 a 182 y haremos algunas reflexiones sobre los temas que nos parecen más importantes.

## **II. Clasificación de derechos de incidencia colectiva, tipos de proceso y legitimación (art. 171)**

En el Anteproyecto se prevé el proceso colectivo para dirimir controversias de consumo respecto de dos tipos de derechos de incidencia colectiva: por un lado, los llamados “colectivos y difusos” y, por el otro, los “individuales homogéneos”, siguiendo la propuesta del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.<sup>(16)</sup> Como veremos, no parecería haber una diferencia práctica sustancial entre la referida clasificación y la propuesta por la Corte Suprema<sup>(17)</sup>. Recordemos que en el fallo “Hablabi” interpretó que en nuestro derecho existen tres categorías de derechos: (i) individuales; (ii) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y (iii) de incidencia colectiva que tienen por objeto la tutela de bienes individuales homogéneos.

• *Individuales*: recaen sobre bienes jurídicos individuales, y son plenamente divisibles y no homogéneos, caracterizados por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afecta-

dos. No cabe el litigio colectivo para este tipo de derechos.

• *De incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos*: son aquellos que pertenecen a la esfera social y no son divisibles en modo alguno. El ejemplo claro es el derecho a gozar de un ambiente sano. Así, la Corte Suprema aclaró: “No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva”. Lo que distingue a este tipo de derecho de incidencia colectiva es que el bien objeto de protección sea colectivo.

Se ha efectuado un paralelismo entre los “bienes colectivos” y los “bienes públicos” en un sentido económico<sup>(18)</sup>. Los bienes públicos en sentido económico reúnen dos características: (i) no admiten exclusión (si una vereda tiene alumbrado público, todos los que caminen por esa vereda tendrán luz más allá de su contribución al alumbrado público y nadie puede evitar que otras personas que circulen por esa misma vereda estén iluminadas); y (ii) no hay rivalidad de consumo (no es posible obtener mayor iluminación en esa misma vereda que la que recibe el resto de los que la transitan, mi disfrute de la luz no afecta al consumo de los demás).

La Corte Suprema ha resuelto que los derechos supraindividuales o colectivos “pueden caracterizarse como aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal. Estos se hallan en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno sólo constituye, ipso facto, lesión a la entera comunidad”<sup>(19)</sup>.

---

sonas privadas de la libertad o se vinculen con procesos penales hasta que el Congreso Nacional apruebe una ley.

(16) Publicado en el año 2004 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

(17) La Corte Suprema tiene consolidada la doctrina en cuanto a que los derechos individuales homogéneos están consagrados entre los “derechos de incidencia colectiva” previstos en el art. 43 de la CN.

---

(18) Cfr. MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “Economía de los procesos colectivos. El sistema de procesos colectivos como solución estatal a las ‘fallas’ del mercado de procesos individuales”, LL 2018-B-1051.

(19) “Defensor del Pueblo”, Fallos 330:2800, sentencia del 26/6/2007.

En igual sentido, la doctrina ha señalado que “la nota característica de un derecho de incidencia colectiva es que tutela intereses colectivos de naturaleza indivisible, o sea que resulta imposible dividirlos en partes” (20). En la redacción del Anteproyecto se identifican estos derechos como “derechos de incidencia colectiva y difusos” haciendo alusión a que el derecho está en cabeza de una pluralidad de sujetos determinada o indeterminada que se vinculan por una circunstancia de hecho específica a los efectos del reclamo colectivo.

Vemos así que ambos conceptos comparten el carácter de indivisibilidad y la imposibilidad jurídica de apropiación individual; por lo tanto, es claro que el bien colectivo, en sentido jurídico, se encuadra dentro de la noción de bien público en sentido económico. El punto de esta comparación está dado en que el proceso colectivo funciona como un incentivo para mitigar los problemas identificados por el sobre uso de los bienes públicos (21).

- *De incidencia colectiva que tienen por objeto la tutela de bienes individuales homogéneos:* son aquellos en los que no hay un bien colectivo, sino bienes individuales enteramente divisibles, pero hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos, y por lo tanto es identificable una causa fáctica y normativa homogénea. Estamos ante un caso de un derecho individual, en el cual hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que entendemos como “proceso de clase”. Para que exista esa “homogeneidad”, la Corte Suprema requiere que “los sujetos afectados compartan una posición jurídica semejante, en particular, la pretensión de titularidad de sus derechos de características análogas, en virtud de circunstancias semejantes y uniformes, o resultantes de una misma causa” (22).

Otro elemento requerido por el Máximo Tribunal es que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia (23). Este requisito se refiere a la trascendencia económica del daño reclamado. Es decir, un “proceso de clase” no puede ser promovido si el incentivo económico que tienen los supuestos consumidores afectados es suficiente para que se justifique la promoción de un reclamo individual. En estos casos prima la elección del consumidor de instar (o no) su reclamo individual en defensa de su derecho individual, por sobre el reclamo colectivo que encontraría sola justificación en la reducción de costos sociales por la actividad jurisdiccional.

Aquí también puede efectuarse un paralelismo entre los conceptos jurídicos y económicos. En este caso, se pueden comparar a los intereses individuales homogéneos con los reclamos de valor esperado negativo (*negative value claims*) (24). Estos últimos se entienden como reclamos individuales en los cuales, el costo esperado de realizar el reclamo supera el beneficio esperado. Por lo que dicho reclamo carece de incentivo suficiente para ser planteado (25). Los procesos de clase, bien implementados, constituyen una importante herramienta de acceso a la justicia cuando el interés considerado en forma individual no justifica la promoción de un reclamo judicial y, además, reducen los costos de la administración de justicia y las externalidades (efectos) negativas mediante la prevención de conductas ilícitas.

Como vemos, las últimas dos categorías de derechos comparten la conveniencia social de que se controviertan a través de un proceso colectivo de consumo para la prevención o la

(23) “CEPIS”, Fallos 339:1077, sentencia del 18/8/2016.

(24) TOLOSA, P., “Acciones de clase, ‘microdaños’ a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales”, *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, vol. 3: Iss. 1, Article 3, 2017.

(25) Este postulado asume que los consumidores son personas racionales que buscan maximizar su beneficio. Cuando hablamos de beneficio no nos estamos refiriendo únicamente al valor económico del reclamo sino al valor esperado que el consumidor otorga al reclamo. Además, esta predicción no es absoluta ya que ciertas personas pueden actuar de forma irracional.

(20) RIVERA, J. C. - RIVERA, J. C. (h.), “La tutela de los derechos de incidencia colectiva”, LL 2005-B-1053.

(21) Ver MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “Economía de los procesos...”, cit.

(22) MEROI, A. A., *Procesos colectivos*, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 214.



reparación de daños (26) y se ajustan a la clasificación de derechos identificada por la Corte Suprema. La diferencia del tipo de bien sobre el cual recaiga el litigio tiene implicancias en cuanto a la legitimación para instar la acción y a las características del proceso.

Para ambos tipos de procesos colectivos se prevé la legitimación de los (i) afectados que demuestren un interés razonable; (ii) el Defensor del Pueblo de la Nación y de las Provincias; y (iii) de las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los consumidores reconocidas por la autoridad de aplicación. Para el caso de los procesos de clase, se agrega a la legitimación de los Defensores del Pueblo de los Municipios y para el caso de los procesos colectivos puros se amplía la legitimación al Ministerio Público Fiscal y de la Defensa y a las autoridades de aplicación tanto a nivel nacional como local.

El orden de los legitimados proyectado sigue el previsto por el art. 43 de la CN y hace a la prelación de la representación del grupo. Es decir, ante la presentación de una disputa sobre quién se erige como representante del grupo o clase entre, por ejemplo, el afectado y el Defensor del Pueblo, el juez deberá necesariamente otorgar la representación al afectado.

Esta regla encuentra distinta justificación para ambos tipos de proceso colectivo. En el caso de los procesos colectivos sobre bienes colectivos la legitimación es extraordinaria ya que no existe un derecho de apropiación individual sobre el bien colectivo como mencionamos y así se gestó la reforma constitucional (27). En los procesos de clase se sigue el principio general que los derechos individuales deben

ser ejercidos por su titular. La Corte Suprema aclaró que a esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del art. 43 de la CN. Y que dicha circunstancia no cambia aunque existan numerosas personas involucradas. Ello, a lo sumo, daría origen a un litisconsorcio activo o pasivo, o a una representación plural.

### III. Presupuestos de admisibilidad (arts. 172 y 173)

El articulado propuesto por el Anteproyecto establece los presupuestos de admisibilidad generales y específicos para reclamos de daños tomando como guía aquellos requisitos previstos por la Regla Federal 23 de Procedimiento Civil de los Estados Unidos de América. Ello, sumado a los requisitos implícitos siempre presentes: la existencia de un “caso” (28) (*live controversy*) y la definición precisa del colectivo o clase para la admisibilidad de los procesos colectivos (29). Sin más, nos adentramos al breve análisis de los requisitos proyectados.

#### III.1. Numerosidad

El primer presupuesto general es el que se conoce como “numerosidad” (*numerosity or impracticability*) y determina que debe existir una cantidad de afectados tal que torne ineficiente la promoción de reclamos individuales (30).

En el caso de los procesos colectivos sobre bienes colectivos este presupuesto está implícito, ya que, como vimos, estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. Así, la misma naturaleza colectiva del bien hace al requisito de numerosidad. La lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, pero esta última acción corres-

(26) Art. 175 del Anteproyecto. Allí también se incluye como objetivo la “restitución de sumas percibidas sin derecho por los proveedores” que es una reparación de un daño. Además, entre otras cosas, se proyectó la posibilidad de acumular las pretensiones en un mismo proceso.

(27) Comentario del constituyente Dr. Barcesat “Pero esta legitimación al defensor del pueblo y a las asociaciones concernidas jamás deberían desplazar a los particulares damnificados.” Debate del dictamen de la Comisión de Redacción en el despacho en mayoría y minoría originado en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías. (Orden del Día nº 9), Sesión 3, Reunión 29 del 11/8/1994, p. 4045.

(28) 13/11/1986, “Equipos Hidráulicos S.R.L.”, Fallos 308:2147.

(29) 6/9/2016, “Abarca”, Fallos 339:1223. “La definición del colectivo es crítica para que los procesos colectivos puedan cumplir adecuadamente con su objetivo y el incumplimiento de tal recaudo por parte de los jueces actuantes en dichos procesos ha conllevado el dictado de decisiones sectoriales sin distinción de categorías de usuarios, tratando de manera igual situaciones heterogéneas”.

(30) Art. 172 inc. 1 del Anteproyecto.

ponde a su titular y resulta concurrente con la primera, pero tramita por otra vía (31).

En los procesos de clase este requisito se justifica en que la vía del proceso colectivo es de excepción para los casos en que la clase es lo suficientemente numerosa para que el litigio conjunto sea impracticable. No hay un número de miembros de la clase para determinar la impracticabilidad sino el examen de los hechos específicos de cada caso así lo debe exigir.

En el derecho comparado (32) el Tribunal también puede considerar: (i) la reducción de costos generada por evitar múltiples demandas; (ii) la distribución geográfica de los miembros de la clase propuestos; (iii) los recursos económicos de la clase; (iv) la cantidad de demandas ya instadas por los miembros de la clase; (v) el conocimiento de los nombres y existencia de demás miembros de la clase; y (vi) si los miembros de la clase ya se han unido a otras demandas similares.

### **III.2. Intereses comunes a todos los integrantes de la clase**

La regla que exige “intereses comunes” nos parece un tanto abstracta y sería aplicable solo a los procesos de clase por cuanto se refiere a todos los integrantes de la “clase” (33). En nuestro entendimiento requeriría que los miembros de la clase compartan la pretensión. El requisito no hace, por ejemplo, a que todos los miembros de la clase hayan sufrido el mismo daño causado por varios productos defectuosos, en cuyo caso se podría dividir la clase en subclases por

(31) En “Mendoza” la Corte Suprema resolvió que no correspondía acumular la pretensión tendiente a recomponer el ambiente y resarcir un daño de incidencia colectiva por contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo con los reclamos resarcitorios por lesión a derechos individuales, aun cuando se deriven de la degradación o contaminación de los mismos recursos ambientales, ya que esos reclamos debían canalizarse mediante acciones individuales ante los tribunales que resultaran competentes. Fallos 329:2316, sentencia del 20/6/2006.

(32) “Primavera Familienstiftung v. Askin, 178 F.R.D. 405 (S.D.N.Y. 1998)”, citado en MULHERON, R., *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2004, ps. 228-230.

(33) Art. 172, inc. 3 del Anteproyecto.

producto (34), sino a que toda la clase persiga el mismo objeto con el litigio (un resarcimiento de daños en este ejemplo).

En cualquier caso, nos parece que se debería aclarar este requisito, del cual no se indicó la fuente en los fundamentos del Anteproyecto.

### **III.3. Argumentos comunes**

El tercer presupuesto previsto por el Anteproyecto requiere que los argumentos sean comunes a los integrantes de la clase (*commonality*) (35). Este requisito se cumple en los casos en los que hay un solo problema común a todos los miembros del colectivo o de la clase. Con “argumentos comunes” no se exige solamente una causa fáctica o jurídica común, sino también una identidad entre los argumentos esgrimidos por el representante y los de los demás miembros de la clase.

Sobre este punto, es importante remarcar el caso “Loma Negra” en el cual la Corte Suprema decidió que no se podía afirmar que el comportamiento atribuido a las productoras de cemento Portland demandadas “haya afectado, de igual forma, a todos los sujetos que integran el colectivo que se pretende representar y, por lo tanto, no permite tener por corroborada, con una certeza mínima, la existencia de los efectos comunes que, conforme la doctrina sentada en el precedente ‘Halabi’ (Fallos 332:111), permiten tener por habilitada la vía intentada” (36).

### **III.4. Representación adecuada**

El requisito de “representación adecuada” (*adequate representation*) implica que se controle que la persona que actúe como representante de la clase proteja los intereses de la clase de forma justa y adecuada. (37) En el Anteproyecto se indican algunos parámetros que el juez debe tener en cuenta a la hora de controlar el cumplimiento durante todo el proceso. Entre

(34) Art. 175 del Anteproyecto. Se propuso la formación de subclases para los casos en que haya elementos comunes entre los miembros y para la mejor gestión del proceso.

(35) Art. 172, inc. 2 del Anteproyecto.

(36) 10/2/2015, “Loma Negra”, Fallos 338:40.

(37) Art. 172 inc. 4 del Anteproyecto.

ellos, (i) la experiencia y antecedentes para la protección de este tipo de intereses; (ii) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; y (iii) la ausencia de potenciales conflictos de intereses con el grupo afectado o los derechos en juego.

Toda vez que los derechos de los integrantes del colectivo o clase son delegados a un tercero, el “representante del grupo o de la clase”, el ejercicio de esa representación en nombre de la clase debe ser cuidadosamente analizado (38). Lo que se busca con este control es mitigar el tradicional “problema de principal-agente” (39). Esto es que el representante o sus abogados tengan alineados sus intereses en miras a obtener un justo resarcimiento para el grupo o la clase, en vez de solo buscar su propio rédito económico.

Que el representante de la clase tenga efectivo conocimiento del reclamo forma parte del derecho de defensa en juicio tanto de los miembros de la clase que no participarán directamente como de los demandados. La experiencia en materia de procesos de clase en nuestro país ha demostrado que, en muchas ocasiones, las demandas han sido promovidas sin el suficiente conocimiento fáctico del reclamo. Esta circunstancia dificulta la producción de la prueba, entorpece la resolución del caso, complica la efectiva ejecución de una eventual sentencia, vulnerando los derechos de las partes.

Las herramientas utilizadas en el derecho comparado para prevenir los abusos en estos procesos son: (i) promover la participación de terceros al proceso para considerar alternativas sobre el caso en estudio y (ii) establecer los honorarios con relación a los beneficios efectivamente obtenidos por la clase (40). De esta

(38) No se argumentó en los fundamentos del Anteproyecto por qué el control de representatividad adecuada se limita solo a los sujetos de derecho privado, cuando lo que supone ese control es que en definitiva se protejan los intereses representados.

(39) COOTER, R. - ULEN T., *Problema de agencia*, Law and Economics, 2ª ed., en español, FCE, México, 2008, ps. 585-591.

(40) HENSLER, D. R., “Revisiting the Monster: New myths and realities of class actions and other large scale litigation”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, p. 206.

forma, se protege el interés de los miembros ausentes y se evitan los procesos de clase direccionados por la representación letrada que redundan en un ínfimo beneficio para la clase. Además, los doctrinarios señalan que otra forma eficiente de evitar abusos, es reforzando los controles con la intervención del *Attorney General* (Ministerio Público) (41). Con respecto al representante en sí mismo, se resolvió que el abogado que lleve adelante estos procesos debe estar debidamente calificado y contar con experiencia previa que lo habilite a desenvolverse en este tipo de litigios complejos.

### III.5. Superioridad y predominancia

Los requisitos de superioridad (42) (*superiority*) y predominancia (43) (*predominance*) se proyectaron de forma específica para los juicios en los que se reclaman daños dentro de un proceso de clase.

Por superioridad se entiende que el proceso de clase debe ser mejor a cualquier otro medio procesal disponible para el tratamiento justo y eficiente de la controversia.

El requisito de predominancia requiere que las cuestiones de derecho y los hechos comunes a los miembros de la clase deban predominar sobre aquellas cuestiones individuales. Al respecto, el reconocido juez norteamericano Richard Posner, con meridiana claridad, explicó que se debe realizar un análisis cualitativo de las cuestiones individuales y comunes, no un mero conteo de cada tipo de cuestión (44).

## IV. Notificación y audiencia pública (arts. 177 y 182)

Es claro que el interés en este tipo de procesos y su desenlace excede a las partes por el tipo de derechos debatidos. En pos del principio de publicidad que se exige en los procesos

(41) KAHAN, M. - SILBERMAN, L., “The Inadequate Search for ‘Adequacy’ in Class Actions: A critique of *Epstein v. MCA, INC.*”, *NYU Law Review*, 1998, p. 765.

(42) Art. 173, inc. 1 del Anteproyecto.

(43) Art. 173, inc. 2 del Anteproyecto.

(44) “*Butler v. Sears, Roebuck & Co.*”, nros. 11-8029, 12-8030, 2012 U.S. App. Lexis 23284 (7th Cir.).

colectivos, el Anteproyecto regula la notificación pública y la audiencia pública (45).

El sistema proyectado para la notificación pública tiene como fin hacer saber la existencia del proceso por los medios que logren el efectivo conocimiento de los destinatarios (46). Nos parece que se podrían haber establecido pautas expresas que aseguren que se utilice un lenguaje claro y simple en las notificaciones para que tengan una llegada más eficiente a los consumidores.

Los legitimados activos deben acreditar que cuentan con los medios para hacer la notificación y tienen la carga de presentar un proyecto de notificación pública. Es claro, en este sentido, que el beneficio de la justicia gratuita (47) no alcanza a los costos de la notificación. La duda podría surgir por la extensión otorgada al beneficio de justicia gratuita previsto para los procesos individuales de consumo en la cual expresamente se lo considera comprensivo “de todo gasto” (48).

Sin embargo, se impone una lectura sistémica de la locución “que cuentan con los medios para asegurar su cumplimiento”, es decir, tener la capacidad patrimonial para afrontar dichos gastos. Si sostenemos que esta carga recae en la parte demandada, entonces tal exigencia deviene abstracta y superflua.

El Anteproyecto también prevé la realización de audiencias públicas con fines informativos y probatorios, para evaluar la idoneidad del representante o para llevar adelante una transacción. Nos parece que la audiencia pública sería una eficaz herramienta para garantizar la debida participación de los sectores interesados teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes involucrados.

(45) Arts. 177 y 182 del Anteproyecto, respectivamente.

(46) Se nos ocurren las siguientes opciones: (i) la utilización de comunicación audiovisual mediante la “emisión de mensajes de interés público” previstas en el art. 76 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual; (ii) la posibilidad de enviar un email a los miembros de la clase identificados; o (iii) circular notificaciones personales a los clientes conocidos de las entidades demandadas.

(47) Art. 171 del Anteproyecto.

(48) Art. 168 del Anteproyecto.

La previsión de una audiencia informativa podría implicar que las partes sintetizen sus pretensiones y defensas en línea con el procedimiento adoptado por la Corte Suprema en la causa Mendoza (49). Sin embargo, creemos que se podría haber previsto que en esa misma audiencia puedan intervenir amigos del tribunal.

#### V. Alcance de la sentencia: efectos *erga omnes* y cosa juzgada (art. 178)

El Anteproyecto mantiene el sistema de cosa juzgada adoptado por el art. 54 de la ley 24.240 denominado *secundum eventum litis*. Este sistema condiciona la efectividad de la cosa juzgada a distintas variables, flexibilizando dicha regla. La efectividad del instituto propuesto se subsumirá al resultado del litigio del siguiente modo: (i) si la demanda es acogida entonces hace cosa juzgada tanto para las partes como para los terceros que no hayan ejercido el derecho de exclusión (*opt out*) (50); (ii) en caso de rechazo de la demanda, los miembros de la clase o grupo pueden iniciar o continuar demandas individuales; y (iii) un nuevo proceso colectivo sobre misma causa y objeto podrá ser entablado en caso de que se encuentre disponible nueva prueba.

Nos parece que un correcto tratamiento de la representación adecuada y del ejercicio del derecho de exclusión son los medios más eficientes para prevenir la falta de capacidad del representante en producir prueba. Admitir un nuevo proceso colectivo en base a las nuevas evidencias podría significar dispensar la negligencia del representante en producir dicha prueba, además de la falta de control de quienes están interesados en el litigio.

Una cuestión para pensar, en base a nuestro sistema de control de constitucionalidad difuso, es si todos los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos *erga omnes* cuya consecuencia se podría asimilar a la derogación de esa norma (51).

(49) 8/7/2008, “Mendoza”, Fallos 331:1622.

(50) Art. 177 del Anteproyecto. El ejercicio de este derecho debe preverse solo para los procesos de clase.

(51) BIANCHI, A., *Control de Constitucionalidad*, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, t. 1, 2002, ps. 351-352. El

## VI. Contenido de la sentencia y destino de las indemnizaciones (arts. 179 y 180)

El Anteproyecto propone el contenido de la sentencia y los distintos mecanismos de su cumplimiento. Como novedad se establece la posibilidad de dictar una condena genérica en los reclamos de daños pudiendo los damnificados liquidar sus daños por vía incidental. También se prevé que la sentencia establezca pautas para la reparación de tales daños.

En los procesos colectivos la indemnización se destinará a un fondo especial que tendrá por objeto la protección de los consumidores, bajo la gestión de los afectados o las asociaciones legitimadas.

En los procesos de clase la regla es la devolución directa a los damnificados. Sin embargo, también se previeron excepciones y alternativas a este principio: (i) transcurridos dos años desde la fecha de la notificación los fondos remanentes serán destinados a un fondo público “destinado a promover los procesos sobre bienes colectivos” bajo la administración de la autoridad de aplicación o el Defensor del Pueblo; (ii) se podrá destinar la suma a un fondo de reparación cuando exista un daño progresivo o se trate de atender al aspecto común del interés afectado.

Esto se conoce bajo el término *fluid recovery*(52) que alude a mecanismos que tienen lugar cuando, por las características del caso, la condena colectiva perdería eficacia en caso de adoptarse un esquema de cumplimiento basado en la liquidación individual del crédito de cada uno de los afectados(53). Esta modalidad mantiene el sistema de la ley 24.240.

---

autor indica que la Corte Suprema nunca se refirió a que la ley declarada inconstitucional queda derogada, sino meramente inaplicable al caso. Por ende, entendemos que una declaración de inconstitucionalidad con alcance *erga omnes* provocaría la inaplicabilidad de la norma en abstracto siendo su consecuencia de hecho análoga a la derogación de esta.

(52) TOLOSA, P., “Acciones de clase...”, cit.

(53) CATALANO, M., “Algunas cuestiones sobre la ejecución de sentencia en los procesos colectivos”, *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 52, Abeledo Perrot, p. 75. AP Online: AP/DOC/886/2017.

## VII. Transacción del litigio (art. 181)

El Anteproyecto prevé la transacción, manteniendo los principios de la ley 24.240. En este sentido, se mantienen: (i) la obligación de correr vista al Ministerio Público Fiscal, (ii) la necesidad de la homologación judicial, y (iii) la opción de *opt out* para los afectados individuales que deseen apartarse del acuerdo y de sus efectos dentro de un plazo no menor a sesenta días desde la inscripción del acuerdo ante el Registro.

Si bien no está expresamente previsto, nos parece que estas reglas se aplican a los eventuales acuerdos arribados en la instancia de mediación prejudicial que se propone como facultativa para las partes(54).

Nos parece que se podrían describir pautas objetivas de control de los acuerdos para que la revisión judicial no se limite a los aspectos formales. Por ejemplo, la Regla Federal 23. E. de Procedimiento Civil obliga al juez a cerciorarse de que el acuerdo cumpla con el triple requisito de ser equitativo, razonable y adecuado (*fair, reasonable, and adequate*) para su aprobación. Para eso se siguen ciertas pautas: (i) se debe enviar una notificación directa a cada miembro de la clase al que le será oponible el acuerdo; (ii) se debe controlar la correcta representación de la clase y que la propuesta sea equitativa para los miembros sin distinciones arbitrarias; (iii) se debe ponderar el remedio otorgado a la clase considerando los costos, riesgos y demora del juicio; (iv) se debe valorar la efectividad del método propuesto; y (v) se debe considerar la cuestión de los honorarios.

## VIII. Trámite (art. 176)

El Anteproyecto prevé, con acertado criterio, la vía del amparo colectivo para los procesos colectivos que tengan por objeto la prevención de una afectación, aunque deja abierta la posibilidad de que el accionante elija una vía procesal más adecuada.

Para el resto de los procesos colectivos se propone la vía procesal más adecuada de la jurisdicción que corresponda. Nos parece más acer-

---

(54) Art. 173 del Anteproyecto.

tado hablar de “eficiente” en vez de “adecuado” para definir el estándar de proceso buscado porque incluye tanto al efecto como a los recursos comprometidos.

En cualquier caso, resulta importante que se diferencien las etapas de certificación contradictoria y de traslado de la demanda.

Por otra parte, la celeridad del proceso prevista en la ley 24.240 resulta contradictoria con la magnitud e importancia de las cuestiones que se debaten en estos complejos procesos. El proceso sumarísimo, que se aplicó hasta la fecha en la mayoría de los procesos de clase, torna ineficiente el tratamiento de asuntos colectivos,

máxime por los escuetos plazos procesales, la limitación de la prueba y la imposibilidad de alegar, entre otros (55).

Resta mencionar que en el Anteproyecto se propone un criterio de prevención para definir la acumulación de los procesos colectivos distinta de la regulada por la Corte Suprema (56), en cuanto establece que previene el proceso en el que primero se notifica su existencia, en vez del primero que se registre.

---

(55) VIEL TEMPERLEY, F., “Acciones colectivas: dificultades prácticas”, LL 2008-C-996.

(56) Art. VII del anexo de la acordada 12/2016.

# **P**RESCRIPCIÓN LIBERATORIA

.....





# Prescripción liberatoria en las relaciones de consumo. Avances y retrocesos

---

MARCELO RUBINSTEIN (\*)

La problemática de la prescripción liberatoria en las relaciones de consumo resulta una de las más complejas en el devenir legislativo de nuestro país.

Desde su redacción original, en el año 1993 el art. 50 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) fue modificada en dos oportunidades<sup>(1)</sup>, con la finalidad —en principio— de determinar con una mayor precisión a qué

situaciones jurídicas se aplicaba el término de tres años previsto en la norma: si se refería a las acciones y sanciones administrativas o se extendía también a las acciones judiciales; si el plazo trienal era solo para las acciones “emergentes” de la LDC o si abarcaba a relaciones jurídicas de consumo con legislación específica y con plazos menores (v.gr.: contrato de seguro, contrato de transporte, etc.); qué sucedía cuando por otras normas se establecían plazos de prescripción mayores al del art. 50 LDC y por ende más favorables al consumidor (v.gr.: art. 4023 del Cód. Civil —10 años—) y qué pasaba cuando la acción era ejercida por proveedor en contra del consumidor: ¿debía aplicarse el plazo menor?

Muchos de los interrogantes arriba planteados fueron siendo respondidos de manera disímil por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país a lo largo del tiempo<sup>(2)</sup>, lográndose la ma-

---

(\*) Profesor Adjunto de Derecho Penal 2 y Profesor Asociado en Criminología en la Facultad de Derecho de la UNT. Profesor Adjunto en “Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia” en la Universidad San Pablo T. desde el año 2011 al 2015. Docente contratado a cargo de la materia “Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia” en el Centro Universitario Concepción (UNSTA) desde el año 2007 a 2011. Subdirector de Comercio Interior de la Provincia de Tucumán desde el año 2005 a junio de 2012 siendo responsable general del Área de Defensa del Consumidor. Relator Sala Civil y Penal de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán (2012 - Actualidad).

(1) *1ª Etapa*: 1993-2008. Art. 50 (ley 24.240 —redacción original— BO 15/10/1993).

“Prescripción. Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.”

*2ª Etapa*: 2008-2015. Art. 50 (Reformado por art. 23, ley 26.361 - BO 7/4/2008).

“Prescripción. Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas

infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.”

*3ª Etapa*: 2015 hasta la actualidad. Art. 50 (artículo sustituido por punto 3.4 del anexo II de la ley 26.994 - BO 8/10/2014).

“Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas.”

(2) FLASS, Günther Enrique, “La prescripción de las Acciones de Consumo”, en el *Tratado de la prescripción liberatoria*, LÓPEZ HERRERA, Edgardo (dir.), Lexis Nexis, t. II, año 2008, ps. 931/981; FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2004, ps. 517 y ss.; CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estaduto del Consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, t. II, ps. 221-240; TAMBUSSI, Carlos E. (dir.), *Ley de Defensa*

yor claridad normativa a partir de la reforma del art. 50 por la ley 26.361 del año 2008.

En efecto, y tal como lo describen Tinti y Calderón(3) el modelo diseñado por la mencionada ley, presentaba tres características: 1) su *universalidad*, pues regulaba todas las acciones emergentes de la relación de consumo, incluso aquellas simultáneamente regidas por otras normas especiales (tales como el contrato de transporte y el contrato de seguro); 2) su *flexibilidad*, al establecerse un plazo “variable”: en las acciones promovidas por el consumidor, era de tres años o más (si otras normas generales o especiales fijaban un plazo mayor), mientras que en las acciones promovidas por el proveedor era de tres años o menos (si otras normas generales o especiales fijaban un plazo menor), 3) su *asimetría*, ya que el plazo era diferente para el consumidor y para el proveedor.

El período de vigencia del art. 50 según ley 26.361 (2008-2015) constituyó el de mayor claridad normativa, estableciéndose en todos los casos plazos más favorables al consumidor,

---

*del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 311/317; OSSOLA, Federico A., “La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo”, publicado en LL del 6/11/2006; HERNÁNDEZ, Carlos A., “Relación de Consumo”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, t. I, ps. 400 y ss.; SOBRINO, Waldo, “Prescripción de cinco años en seguro en el nuevo Código”, LL 2015-A-1008; ALTERINI, Atilio A., “Los contratos de consumo”, LL 1993-E-1058; ALTERINI, Atilio A., “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, LL 2009-B; LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª ed. actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009; HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra, “Aspectos relevantes de la relación de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Proyecciones del sistema sobre el régimen estatutario de reparación de daños al consumidor”, AP Online: AP/DOC/4255/2012; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., en PICASSO-VÁZQUEZ FERREYRA, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 580; SIGAL, Martín en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, t. III, ps. 724 y ss.; SCHVARTZ, Liliana, “Algunas reflexiones con relación a la prescripción de las acciones de consumo”, eIdial.com, DC 211-C, 3/6/2016.

(3) TINTI, Pedro G. - CALDERÓN, Maximiliano R., *Derecho del Consumidor. Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor comentada*, Alveroni, Córdoba, 2017, p. 261.

desapareciendo casi por completo las diferencias interpretativas sobre el plazo a aplicarse en caso de colisión normativa entre la LDC y otra legislación especial, sea cual fuere la materia de que se trate. En efecto, la prístina norma dejaba establecido en forma explícita que las acciones judiciales, administrativas y las sanciones prescribirían a los tres años, salvo que por otras leyes generales o especiales se fijaran plazos de prescripción distintos, casos en los cuales se estaría siempre al más favorable al consumidor.

Finalmente, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.), el art. 50 sufrió una profunda reforma, limitando su regulación de manera exclusiva a las “sanciones administrativas”, obviando regular sobre las “acciones administrativas” (4) y trasladando las “acciones judiciales” al régimen general del Código Civil y Comercial. En efecto, en el mencionado cuerpo normativo no se consagraron normas específicas relativas a la prescripción en las “relaciones de consumo”, poniéndose fin al modo asimétrico instaurado por la ley 26.361.

En concreto, la eliminación del plazo de tres años que establecía el art. 50 LDC obliga a remitirse a las normas comunes de prescripción liberatoria insertas en el título I, Libro Sexto del Cód. Civ. y Com. que establece:

- a) 5 años de prescripción como plazo genérico (art. 2560);
- b) 3 años para daños derivados de la responsabilidad civil, sin distinción de órbita contractual y extracontractual (art. 2561);
- c) 2 años para las acciones de nulidad, de deudas periódicas (art. 2562, inc. a y c);
- d) 2 años para el reclamo de los daños derivados del contrato de transporte de personas o co-

---

(4) La Comisión Reformadora en la “exposición de Motivos” considera que la ley 26.994, al reformar el art. 50, se limitó a regular “de manera exclusiva a las acciones administrativas (‘sanciones’, en los términos de la ley)”. La problemática sobre el tema (¿el plazo de tres años establecido en el art. 50 se aplica a las “acciones administrativas” o las “sanciones administrativas”?) será analizado en profundidad al realizar el comentario al art. 184 del Anteproyecto.

sas, sin distinguir si involucra o no una relación de consumo (art. 2562, inc. d);

e) 1 año para las acciones por vicios redhibitorios (art. 2564, inc. a)].

f) 1 año el reclamo contra el constructor por responsabilidad por ruina total o parcial, sea por vicio de construcción, del suelo o de mala calidad de los materiales, siempre que se trate de obras destinadas a larga duración (art. 2564, inc. b)].

g) 1 año para los reclamos procedentes de cualquier documento endosable o al portador (art. 2564, inc. c)].

A más de estos plazos, se encuentran vigente otros regulados en leyes especiales, tales como:

a) 1 año para el contrato de seguro (art. 58, ley 17.418 (5)), sin distinguir si involucra o no una relación de consumo.

b) 1 año o 3 años, según el caso, en materia de tarjetas de crédito (6).

c) 2 años para el contrato de transporte marítimo de personas o cosas (7).

Este nuevo diseño normativo, ha provocado poner nuevamente en discusión problemáticas que parecían zanjadas con la anterior redacción de la ley 26.361 (8), como así también —al

---

(5) Art. 58 - Ley 17.418: "Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible. (...)".

(6) Art. 47 - Ley 25.065: "De la prescripción. Las acciones de la presente ley prescriben: a) Al año, la acción ejecutiva. b) A los tres (3) años, las acciones ordinarias".

(7) Art. 345 - Ley 20.094: "Las acciones originadas en el contrato de transporte de pasajeros y de sus equipajes, prescriben por el transcurso de un año desde la fecha del desembarco del pasajero, o en caso de muerte, desde la fecha en que debió desembarcar. Si el fallecimiento del pasajero ocurriere con posterioridad a su desembarco, la prescripción comenzará a correr a partir de la fecha del deceso, sin que el plazo pueda ser mayor de 3 años, contado desde la fecha del accidente."

(8) Por ejemplo: ¿qué plazos se aplica a relaciones jurídicas con legislación específica?; ¿qué plazo tiene el consumidor para denunciar al proveedor por ante la autoridad de aplicación?; ¿qué plazo tiene la autoridad de aplicación para concluir el procedimiento adminis-

trativo de consumo con el dictado de la correspondiente resolución administrativa?

decir de Arias Cáu— el surgimiento de nuevos interrogantes que antes no existían (9).

Reabierta la discusión con la sanción del Cód. Civ. y Com., algunos autores sostienen una mirada optimista y una postura marcadamente pro consumerista. Así, Waldo Sobrino (10) asegura que la reforma operada por ley 26.994, no obstante haber eliminado la prescripción de las acciones de consumo en el art. 50 LDC, ha favorecido a los consumidores porque rige para éstos el plazo genérico de prescripción del art. 2560 (5 años). Dicha afirmación es sostenida por el autor a partir de una "interpretación más favorable al consumidor", establecida en el art. 1094, Cód. Civ. y Com. Asimismo, al considerar la posible aplicación del plazo de dos años del art. 2561, Cód. Civ. y Com., la descarta con un argumento en que prevalece el carácter de "consumidor" del asegurado y entiende aplicable el plazo genérico de prescripción ante la falta de plazo particular en la ley especial o en el Código Civil y Comercial, es decir, no habiendo sido contemplado en forma específica el plazo de prescripción para contratos de consumo, deberá estarse al plazo genérico. Cabe destacar que esta postura había sido rechazada por Vázquez Ferreira entendiendo que no basta para que resulte el plazo de tres años, que el contrato sea de consumo, sino que para ello es necesario que el reclamo tenga que ver directamente con la aplicación de la ley 24.240. Es decir que, si se trata de una cuestión no contemplada en la LDC, aun cuando se trate de un contrato de consumo, resultará aplicable el plazo de la ley especial del proveedor.

Álvarez Larrondo (11) también entiende que el plazo de prescripción para aquellas acciones instauradas por los consumidores será de 5 años, y en tal sentido señala con firmeza que no surge duda alguna de que el consumidor

---

trativo de consumo con el dictado de la correspondiente resolución administrativa?

(9) ARIAS CÁU, Javier, "La recepción del consumidor en el Código Civil unificado. Sus consecuencias", *Microjuris*, MJ-DOC-6034-AR MJD-6034.

(10) SOBRINO, Waldo A., "Prescripción de cinco años en Seguros en el nuevo Código", LL 2015-A-1008.

(11) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "El consumidor a partir del proyecto de Código Civil", RCyS 2013-III-5, LL Online: AR/DOC/55486/2012.

puede reclamar el cumplimiento del contrato con una compensación por daños y perjuicios, en el plazo de cinco años fijado por el art. 2560 del Cód. Civ. y Com., y lo mismo en el caso de que sólo peticione la indemnización por daños derivados del incumplimiento, atento a que en caso de duda siempre debe optarse por la interpretación más beneficiosa para el consumidor, que no es otra que la ampliación del plazo para reclamar. En consecuencia, agrega Álvarez Larrondo, nada habrá cambiado con la modificación del art. 50 LDC, dado que el régimen de prelación de la ley 24.240 y sus normas integradas sigue imponiéndose por sobre la ley especial del proveedor (art. 3 LDC) (12).

Por su parte, Chamatropulos con una mirada más escéptica asegura que “No existiendo plazo específico en la LDC, y habiéndose suprimido el principio de norma más favorable que existía en el art. 50, LDC, según ley 26.361, habría elementos para interpretar que las leyes específicas que regulan aspectos particulares de determinadas relaciones de consumo podrían ser aplicables en materia de prescripción.” y “Si esta fuera la solución que emana del Cód. Civ. y Com., el resultado no sería para nada feliz, ya que tornarían aplicables plazos de leyes especiales que son demasiado exiguos para el consumidor (por ejemplo, seguros y transporte marítimo, para citar dos casos). Si bien el Código vigente no ha empeorado la situación de la mayoría de los consumidores, ha dejado un ‘vacío’ en todas las relaciones de consumo regidas por leyes especiales que pasa a ser ocupado casi inevitablemente por los plazos brevísimos de prescripción que surgen de algunas de ellas.” concluyendo que a futuro “una posible solución de fondo al problema sería la modificación de los preceptos pertinentes de esas leyes específicas (que dicho sea de paso no son muchas), prolongando esos plazos a lapsos de tiempo aceptables que no pongan en riesgo el acceso a la justicia de los consumidores” (13).

(12) Barreiro, Karina, “Prescripción en el transporte por agua y relación de consumo”, LL del 25/10/2017, p. 5, LL 2017-E-595.

(13) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Estatuto del Consumidor Comentado”, La Ley, Buenos Aires, t. II, p. 232.

Con una mirada crítica, Tambussi (14) advierte que el legislador de la unificación por un lado considera a los contratos de consumo como un tipo específico y caracterizado de los contratos, y por el otro no plasma esa distinción a la hora de fijar los plazos prescriptivos, y deja la polémica abierta respecto a los casos en que hay relación de consumo verificada en supuestos concretos con plazos de prescripción específicos que pueden ser más cortos, aniquilando el principio que mandaba resolver la cuestión por la aplicación de la norma más favorable al consumidor, la cual estaba en línea con el art. 3° del mismo ordenamiento, por el cual se plasma el *in dubio pro consumidor*.

En definitiva, la eliminación del plazo de prescripción de la LDC —tratándose de una ley especial— no aparece con justificación alguna, o razón jurídica que motive la eliminación del específico término, que se ha mantenido para otras normativas que tienen menor significación social, y de las que la reforma del código se ha preocupado.

Por lo señalado, puede aseverarse categóricamente que desde una óptica consumerista, la reforma producida por la ley 26.994 constituye un retroceso en los estándares protectorios alcanzados con la ley 26.361, retornando a la discusión respecto a la denominada “especialidad” de las leyes, con efectos perjudiciales para el consumidor, fundamentalmente en los contratos de seguros y de transporte de personas y cosas.

Conscientes de la complejidad del panorama existente respecto a la prescripción en materia de consumo, la Comisión Reformadora pretende reintroducir la temática de la prescripción en un cuerpo normativo específico de consumo, mejorando significativamente la redacción de los artículos referidos al tema, con la consiguiente reducción de posibles interpretaciones contrarias a los derechos de la parte débil de la relación de consumo.

De este modo, se incorpora acertadamente el instituto de la prescripción liberatoria en el

(14) TAMBUSI, Carlos E. (dir.), “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada”, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 313/315.

“Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, regulando de manera independiente la situación de las *acciones judiciales* (art. 183 ALDC) y la de las *acciones administrativas* (art. 184 ALDC). Asimismo, en relación a las “sanciones administrativas”, las ubica correctamente dentro de las acciones judiciales, haciendo desaparecer una terminología polisémica que tanto problema interpretativo ocasiona.

### I. La prescripción liberatoria en las acciones judiciales

El art. 183 del ALDC prevé con claridad que “Las acciones judiciales para el ejercicio de los derechos de consumidores prescriben en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción menores, rige el plazo establecido en este artículo”.

Nótese que aquí se produce un cambio significativo en relación a como se encontraba redactado el art. 50 LDC en sus dos primeras versiones (15), que establecía un plazo de prescripción también de tres años pero para “las acciones (...) emergentes de la presente ley”. Esta redacción dio lugar inicialmente a interpretaciones restrictivas en donde la prescripción liberatoria se circunscribía a las acciones que pudieran surgir exclusivamente del articulado de la ley 24.240 (v.gr.: arts. 10 bis y 17 LDC), dejando de lado las acciones reguladas en la legislación general (Código Civil y Código de Comercio) y en normas especiales.

Contrariamente a lo que sucedía, la redacción del primer párrafo del art. 183 no deja lugar a dudas que el plazo de tres años, constituye un piso y abarca a todas “las acciones judiciales” iniciadas por los consumidores en el ejercicio de sus derechos como tales, independientemente que el tema a someter a resolución jurisdiccional, tuviera otra regulación, sea en leyes generales o especiales. La segunda parte, viene a complementar a la primera, estableciendo que, si los plazos fijados en otras legislaciones son menores, rige el plazo de tres años establecidos en la norma.

(15) Ley 24.240 —redacción original— y luego de la reforma de la ley 26.361.

De este modo, con una redacción superadora (16), el art. 183 del ALDC reduce considerablemente la necesidad de recurrir al “diálogo de fuentes” para interpretar la normativa aplicable, dificultándose así la posibilidad de una interpretación contraria a los intereses del consumidor. Y ello es así, pues el plazo de tres años constituye el piso para toda acción judicial para el ejercicio de los derechos de consumidores, independientemente de la temática de que se trate (medicina prepaga, seguros, transporte, tarjetas de crédito, planes de ahorros, etcétera).

Como se vio, el texto del artículo hace referencia a que el plazo de prescripción de tres años rige en caso que “por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción menores”, pero nada dice en el caso que el plazo establecido por otras leyes generales o especiales sea mayor a tres años. En realidad, el único plazo mayor a tres años que tenga vinculación con el ejercicio de los derechos de los consumidores (17) es el plazo genérico de 5 años del art. 2560 (18) del Cód. Civ. y Com. (5 años), por ello considero que no se generarían grandes problemas interpretativos.

No obstante, consciente de que en materia de prescripción de las acciones de consumo los problemas interpretativos fueron una constante desde la sanción de la LDC en 1993, estimo oportuno profundizar sobre algunas hipótesis de conflicto sobre el tema: una interpretación posible sería que el plazo *genérico* del art. 2560 del Cód. Civ. y Com. (5 años), al tener aquel carácter “residual” no podría tener aplicación cuando la acción esté vinculada con el ejercicio de los derechos de los consumidores, siendo de aplicación el plazo de tres años por estar previsto expresamente en una legislación especial (art. 183 ALDC). De sostenerse esta postura,

(16) Con relación a la versión más clara que tuvo el art. 50 LDC en su historia (redacción según ley 26.361).

(17) El art. 2561 establece como plazos especiales sin vinculación consumerista: “El reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces prescribe a los diez años. (...) Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles”.

(18) Art. 2560 Cód. Civ. y Com.: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

la calidad de “consumidor” jugaría paradójicamente en contra y no a favor de los propios intereses de la parte débil. Por ejemplo, si al entablarse una acción por cumplimiento de contrato, el actor aduce que se trata de un contrato de consumo, el plazo de prescripción sería menor (3 años) que si no pretendiera hacer valer esa calidad especial. Se estaría perjudicando a aquel que asegura tener una mayor vulnerabilidad, lo que resulta inaceptable.

A más de lo expuesto, el texto del art. 2560 sostiene que el plazo de cinco años se aplica “excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”. Es decir, habla de “legislación local” y no de “legislación especial”, con lo cual, al ser el plazo trienal un plazo de una legislación especial y, teniendo en cuenta el principio protectorio del consumidor del texto del art. 36 del ALDC (19), se debería aplicar el plazo quinquenal (art. 2560, Cód. Civ. y Com.) por sobre el trienal (art. 183 ALDC) al ser primero más favorable al consumidor.

Esta interpretación *pro consumerista* también podría ser rebatida sosteniendo —tal como se hizo en muchas ocasiones con el art. 3 LDC respecto al principio *in dubio pro consumidor*— la inexistencia de un “conflicto normativo”, debiendo aplicarse el plazo especial previsto en el estatuto especial del consumidor. Se reeditará así, una polémica similar a la sucedida con la confrontación entre la prescripción decenal (art. 4023 del Cód. Civil o art. 846 del Cód. Comercio) y la trienal (art. 50 LDC).

Más allá de las observaciones realizadas, debe destacarse que la propuesta de redacción efectuada en el art. 183 del Anteproyecto resulta ampliamente superadora —desde una óptica proconsumerista— del sistema unificado establecido en el Código Civil y Comercial (20), re-

(19) Art. 36 ALDC: “Integración normativa. Las normas de este Título se integran y armonizan con las reglas y principios del Código Civil y Comercial, como así también con las leyes especiales que alcanzan a los contratos de consumo conforme el principio fundamental de protección del consumidor. En caso de conflicto de normas, se aplicará la que resulte más favorable para el consumidor”.

(20) Coincido con López Herrera, cuando sostiene que “la reforma efectuada por la ley 26.994 al art. 50 LDC tuvo buenas intenciones. El resultado buscado de

sultando el nuevo piso de tres años establecido para las acciones de consumo completamente razonable, posibilitando nuevamente un real acceso a la justicia de los consumidores. El sistema tuitivo propuesto por el ALDC para las acciones judiciales resulta coherente y de sencilla interpretación, permitiendo dotar de eficacia la protección a los consumidores, y evitar interpretaciones y soluciones diversas en una cuestión tan sensible, y que tantas polémicas viene desatando en los 25 años de vigencia de la LDC.

El cuarto párrafo del art. 183 del ALDC, reafirma las características de flexibilidad y asimetría que se encontraban presentes en el art. 50 LDC —según redacción ley 23.631— al sostener que “Las acciones judiciales promovidas por proveedores en contra de consumidores prescriben en los plazos establecidos en las leyes generales o especiales, excepto que éstos sean superiores a tres (3) años, caso en el cual se aplica el plazo trienal”.

Es decir que, contrariamente a lo prescripto en el primer párrafo (21), cuando la acción judicial es promovida por el proveedor en contra de un consumidor, el plazo de tres años establecido en el art. 183 ALDC constituye un límite temporal máximo. Es decir, los tres años dejan de ser el piso (a favor del consumidor) para pasar a ser el techo (para el proveedor) en cuanto a plazos se refiere. O sea, si la acción ejercida por el proveedor tiene un plazo menor a tres años, se aplica ese plazo menor. Si posee un plazo mayor a tres años, este cede, debiendo aplicarse en protección del consumidor el plazo trienal del ALDC.

eliminar la prescripción específica para las acciones judiciales al igual que las causales de interrupción de la prescripción de esa ley, se consiguió”, pero señalando también que “(...) en algunos casos hubo un retroceso en los plazos de prescripción que beneficiaban al consumidor como por ejemplo, el consumidor de seguros” y que “lamentablemente la ley 26.994 no aprovechó la ocasión para eliminar la injusticia a la que se enfrenta actualmente el consumidor de seguros, que ha visto disminuido el plazo trienal de prescripción a uno anual.” (LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “El derecho del consumidor y la prescripción liberatoria en el nuevo Código Civil”, en *Cuestiones de derecho del consumidor II*, Germán Esteban Müller (coord.), Bibilotex, Tucumán, 2018, ps. 291-292).

(21) Es decir, en el caso de que el *consumidor* acciona judicialmente contra un proveedor: se pone un piso de tres años como plazo de prescripción).

Poniendo en práctica lo establecido en el primer y cuarto párrafo del art. 183 ALDC, y tomando como ejemplos los casos más conflictivos doctrinaria y jurisprudencialmente en la historia de la LDC (los plazos de prescripción de la ley de seguros —1 año— y del contrato de transporte —2 años— vs. el plazo de la LDC —3 años—), diremos que la acción ejercida por el proveedor en contra del consumidor prescribe en los plazos estatuidos en la legislación especial por poseer plazos menores a tres años estipulados en la normativa del ALDC, en tanto que si la acción es ejercida por el consumidor en contra de la aseguradora o del transportista, los plazos exigüos establecidos en las normas generales o especiales (transporte terrestre (22), marítimo (23) y seguro (24)) serían desplazados por el plazo trienal del art. 183 ALDC por ser más beneficioso para el consumidor.

### ***1.1. Suspensión e interrupción de la prescripción***

Los párrafos segundo y tercero del art. 183 ALDC se ocupan de regular una particular causal de interrupción del plazo de la prescripción y su extensión (iniciación de actuaciones administrativas), como así también el efecto expansivo de la interrupción y suspensión del curso de la prescripción hacia otros proveedores, obligados concurrentes.

El segundo párrafo preceptúa: “El curso de la prescripción se interrumpe por la iniciación de actuaciones administrativas, efecto que se mantiene hasta la terminación de esta instancia”.

Sabido es que las causales de interrupción del plazo de la prescripción deben estar expresamente expresadas en la norma. Además de las causales generales de interrupción y suspensión de la prescripción previstas en el Cód. Civ. y Com. (25), el Anteproyecto incorpora una interruptiva específica para las relaciones de consumo: el inicio de “actuaciones administra-

tivas”, efecto que se mantiene hasta la finalización de dicha instancia.

Esta especial causal ya se encontraba incorporada en el originario art. 50 LDC (1993), habiéndose mantenido a lo largo de las sucesivas reformas, no obstante ser actualmente aplicable (de manera incoherente (26)) solo para las “sanciones administrativas” (art. 50 —conf. ley 26.994—).

Durante la vigencia del art. 50 LDC para las acciones judiciales de consumo (1994-2015), existía discrepancia doctrinaria sobre si las actuaciones administrativas que gozan de eficacia interruptiva son exclusivamente las iniciadas en el marco del procedimiento administrativo de consumo del art. 45 LDC (27) o bien cualquier actuación de esa naturaleza (28).

En relación a este punto, y adecuando la discusión al texto del Anteproyecto, estimo que deberá interpretarse el término “actuaciones administrativas” a: 1) el procedimiento establecido en el capítulo IV (“Defensa administrativa del consumidor” —arts. 144 y ss.—) del mencio-

(26) Tal como lo analizaré al tratar el art. 184 ALDC.

(27) Wajtraub aseguraba que si no se limitara el supuesto al procedimiento al art. 45 LDC, se daría una “inusitada amplitud” a las alternativas para interrumpir la prescripción, desvirtuando el sentido de la figura, y al aludir a “las” actuaciones, la norma parece referirse a cierto procedimiento particular que, tratándose de la LDC, debe ser el que surge del art. 45 LDC (WAJNTRAUB, Javier H., “Análisis exegético de la ley”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 272-273).

(28) Ossola expone con claridad en referencia al art. 50 LDC que “No se indica que las actuaciones administrativas con efecto interruptivo son únicamente las que se inician por la vía administrativa prevista en la propia LDC” motivo por lo cual sostiene que acertadamente que “cualquier procedimiento administrativo surte dicha consecuencia, pero siempre y cuando se promueva por alguna de las vías previstas en las normas que integran el Estatuto del Consumidor”, para seguidamente destacar que “el juzgador, frente a su alegación, debe ser sumamente prudente a la hora de determinar su procedencia, pues no basta un simple reclamo frente al proveedor (que haga las veces de interpelación), sino que debe iniciarse la vía administrativa que esté regulada en la norma aplicable al caso”. OSSOLA, Federico A., “La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo”, publicado en LL del 6/11/2006.

(22) Art. 2562, inc. d), Cód. Civ. y Com.

(23) Art. 345, ley 20.094.

(24) Art. 58, ley 17.418.

(25) La petición judicial (art. 2546, Cód. Civ. y Com.); reconocimiento de deuda (art. 2545, Cód. Civ. y Com.); solicitud de juicio arbitral (art. 2548, Cód. Civ. y Com.)

nado cuerpo normativo por ante la ANCON (29); 2) los procedimientos administrativos de consumo previstos por las autoridades locales de aplicación (Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las Provincias) (30) los cuales deberán ser adecuados al nuevo digesto. 3) también podría ser considerado como “actuación administrativa”, el trámite por reclamos ante el COPREC (31) en tanto subsista y resulte compatible con el procedimiento instaurado en el ALDC.

Tal como se puso de manifiesto en los “Fundamentos del Anteproyecto”, la importancia de esta vía es innegable en materia de relaciones de consumo, y es más que razonable evitar que el plazo de prescripción corra en perjuicio del consumidor mientras se sustancian dichas actuaciones. Si bien es cierto que los procedimientos administrativos de consumo, no resultan previos ni obligatorios para el acceso al proceso judicial, en muchas ocasiones el consumidor denunciante, tiene la necesidad de esperar la resolución de la autoridad de aplicación para recién presentar la demanda en sede judicial.

También viene siendo objeto de discusión si la iniciación de las actuaciones tiene efecto interruptivo y a partir de ese momento comienza a correr nuevamente el plazo, o bien el curso

(29) El art. 144 del ALDC refiere que “La ANCON iniciará actuaciones administrativas de oficio, por acta de inspección, por denuncia de quien invocare un derecho individual, en resguardo de derechos de incidencia colectiva de los consumidores, o por comunicación de autoridad administrativa o judicial, en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la presente ley, sus reglamentaciones y normas complementarias. (...)”

(30) El art. 155 del ALDC establece “Procedimiento para las autoridades locales de aplicación. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las Provincias dictarán las normas referidas a su actuación como autoridades locales de aplicación”.

(31) “Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo”, creado por ley 26.993 (BO 19/9/2014). El art. 6° de la mencionada ley establece: “Formalización del reclamo. Efectos. El consumidor o usuario deberá formalizar el reclamo ante el COPREC consignando sintéticamente su petición en el formulario que la reglamentación apruebe. (...) La interposición del reclamo interrumpirá la prescripción de las acciones judiciales y las administrativas, y de las sanciones emergentes de la ley 24.240 y sus modificatorias, cuya aplicación corresponda en virtud de los hechos que sean objeto del reclamo”.

sólo se reanuda con el agotamiento de la vía o la conclusión o desistimiento de la instancia administrativa de consumo (32).

La problemática planteada, desaparece en el ALDC, pues el tercer párrafo del art. 183 expresa con claridad que el efecto interruptivo “se mantiene hasta la terminación de esta instancia”. Es decir, mientras está tramitándose el procedimiento administrativo, el plazo de prescripción se interrumpe y esa interrupción dura hasta tanto finalice completamente la instancia administrativa.

Profundizando en la temática, podríamos preguntarnos: ¿Cuándo termina la instancia? Efectuando una evaluación casuística, considero que la instancia podría concluir cuando la resolución de la autoridad de aplicación adquiere firmeza (resolución absoluta, resolución sancionatoria no apelada, resolución apelada y confirmada judicialmente), por el desistimiento del consumidor, por el archivo de las actuaciones.

Partiendo de la experiencia respecto al tiempo de duración de los procedimientos administrativos de consumo tramitados por ante las autoridades de aplicación en algunas provincias (33), la solución que propicia el Anteproyecto podría recibir críticas con basamento en el derecho del proveedor a ser juzgado en *plazo razonable* o que la excesiva demora atenta contra la *seguridad jurídica* (34). No obstante

(32) OSSOLA, Federico A., “La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo”, publicado en LL del 6/11/2006; FRANCO CARRARA, Juan Alberto M. - LEPISCOPO, Leonardo, “La prescripción en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor”, en CORNET, Manuel (dir.), *Prescripción*, Alveroni, Córdoba, 2005, ps. 124 y ss.

(33) El tiempo de duración del procedimiento administrativo, en sus diferentes etapas (instancia administrativa, procedimiento sumarial, e instancia de apelación), resulta muy variado, dependiendo de muchos factores y la realidad en cada una de las provincias. Así encontramos ejemplos en que el trámite hasta el dictado del acto administrativo demora 3, 4 y hasta 6 años, en tanto la revisión judicial en instancia de apelación y casación puede demorar un plazo similar, sin que la resolución sancionatoria adquiera firmeza.

(34) Tambussi en relación con el procedimiento administrativo sostiene que “(...) en la práctica ocurre que la administración inicia la investigación dentro de ese plazo, pero la imputación es notificada al presunto



ello, considero que la medida adoptada por la norma resulta acertada, anulando de esta manera por completo la práctica de muchos proveedores que recurren la sanción aplicada por la autoridad de aplicación y haciendo uso —y en muchos casos abusivo— de los recursos procesales, extienden la instancia judicial revisora hasta el cumplimiento del término de prescripción de la acción.

Asimismo, el tercer párrafo del art. 183 ALDC asigna efecto *expansivo* a la interrupción y suspensión de la prescripción a los restantes proveedores obligados concurrentes frente al consumidor.

Tal efecto *expansivo* constituye una excepción a lo establecido en el art. 851 Cód. Civ. y Com., cuando establece en relación a las obligaciones concurrentes que “la prescripción cumplida y la interrupción y suspensión de su curso no producen efectos expansivos respecto de los otros obligados concurrentes”, salvo disposición especial en contrario.

Esta novedad legislativa se ve justificada en el caso atento la mayor protección que cabe asignar a los consumidores como parte débil en las relaciones de consumo. A modo de ejemplo, si un consumidor por problemas con un equipo de telefonía celular denuncia por ante la autoridad de aplicación, únicamente al vendedor del mismo, el plazo durante el cual se interrumpe el curso de la prescripción para demandar judicialmente, se expandiría también al fabricante, por ser un obligado concurrente con el vendedor respecto a la garantía legal. Caso contrario —en caso de no existir la norma— el término de la prescripción de la acción judicial seguiría corriendo a favor del proveedor que no es parte del procedimiento administrativo.

---

infractor luego de un extenso lapso temporal, sin que este pueda alegar nuevamente la prescripción. De esta manera el “encartado” queda cautivo del procedimiento sancionador que puede prolongarse durante años. Por lo que debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema ha resuelto en el caso “Losicer”, que es aplicable el derecho a ser juzgado en un plazo razonable en materia de derecho administrativo sancionador, en un caso de infracciones a normas del Banco Central.” (TAMBUSSI, Carlos E., *Ley de Defensa del Consumidor...*, cit., p. 316).

Finalmente, el art. 183 ALDC establece en su último párrafo el plazo de prescripción de 5 años para la promoción de la acción judicial de titularidad del Estado en contra de los proveedores, para el cobro de las “multas” que se les hayan impuesto en el marco del procedimiento administrativo de consumo.

El texto propuesto y la ubicación del mismo (en el artículo sobre acciones judiciales) resultan acertados, y viene a echar luz a la problemática existente en la actualidad a partir del error cometido en la reforma del art. 50 LDC en la ley 26.994 al confundir las “sanciones” con las “acciones” administrativas. La reforma dejó el término “sanción” para referirse a las “acciones administrativas”. Es decir, interpretó que el término “prescripción de la sanción” hacía referencia al lapso que tiene el consumidor para denunciar al proveedor como también el plazo que el Estado tiene para sancionar. Por el contrario, la acepción del término “sanción” en el derecho penal (sanción = pena), hace referencia al lapso que tiene el Estado —una vez impuesta la sanción y estando firme esta— para ejecutarla.

A efectos de evitar inconvenientes conceptuales, el Anteproyecto elimina la terminología ambigua “prescripción de la sanción”, legislando en el último párrafo del art. 183 ADLC la “prescripción de la acción para la ejecución de las multas administrativas derivadas de la presente ley” (5 años) y en el art. 184 ALDC la “prescripción de las acciones administrativas emergentes de la presente ley”.

A partir de ello, no queda duda alguna que el plazo de cinco años de prescripción establecido en el art. 183, último párrafo es para que el Estado accione judicialmente en pos de ejecutar las multas impuestas en un procedimiento administrativo de consumo. Dicho plazo es concordante con el que generalmente se encuentra establecido para el cobro de tributos en los ordenamientos nacionales y locales, y se entiende razonable en función del nuevo plazo general de prescripción establecido en el art. 2560 del Cód. Civ. y Com.

Dos observaciones deben realizarse respecto al texto propuesto. En primer lugar, al hablar de “multas administrativas”, la norma imposibi-

lita interpretar que el plazo de 5 años previsto en esta pueda ser aplicado a la “sanción disuasiva” del art. 118 del ALDC (35) al tratarse también de una multa pero impuesta dentro de un proceso judicial. En segundo lugar, el artículo habla de la acción para la ejecución solamente de “multas administrativas”, dejando sin regular de forma expresa el plazo de prescripción de las acciones tendientes a la ejecución judicial de las restantes sanciones establecidas en el art. 157 (decomiso, clausura, publicación) y art. 158 (contrapublicidad). Si bien es cierto que algunas de esas sanciones —en tanto se encuentren firmes— pueden ser ejecutadas directamente por el Estado —sea a través de la misma autoridad de aplicación o del organismo designado para ello—, no en pocos casos debe iniciarse un trámite judicial para efectivizar la resolución sancionatoria.

### ***1.2. Prescripción de las “acciones administrativas”***

“Art. 184.— *Acciones administrativas.* Las acciones administrativas emergentes de la presente ley prescriben en el plazo de tres (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones de similar naturaleza; o por el inicio de las actuaciones administrativas; en este último caso, el efecto interruptivo del curso de la prescripción permanece hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión, con autoridad de cosa juzgada”.

Tal como lo expresé precedentemente, el Anteproyecto soluciona la problemática causada por la deficiente redacción del art. 50 LDC (según ley 26.994), legislando con claridad y de manera coherente los tres supuestos de prescripción que establecía el art. 50 LDC (según ley 26.361): 1) la prescripción de las acciones judiciales, 2) la prescripción de las acciones administrativas y 3) la prescripción de las sanciones emergentes de la presente ley.

La prescripción de las acciones judiciales y de las sanciones (en referencia a la acción para el cobro de las multas administrativas), las ubica

en el art. 183, estableciendo el plazo mínimo de tres años para “las acciones judiciales para el ejercicio de los derechos de consumidores” y el plazo de 5 años para “prescripción de la acción para la ejecución de las multas administrativas derivadas de la presente ley”.

Por su parte, en el art. 184 ALDC se legisla exclusivamente sobre las “acciones administrativas” y se establece con claridad que el plazo de prescripción para que el consumidor pueda iniciar una actuación administrativa de consumo por ante la autoridad de aplicación (sea el ENACON u otra autoridad local) es de tres años. De este modo, se soluciona con la problemática sobre cuál es el plazo de prescripción de las *acciones administrativas* en el art. 50 LDC (36).

---

(36) El plazo establecido en el art. 50 LDC (redacción ley 26.994), cuando habla de “*prescripción de las sanciones*”, ¿se refiere al plazo que tiene el consumidor para denunciar y al plazo que tiene la autoridad de aplicación para imponer sanción o bien hace alusión al plazo que tiene el Estado para ejecutar la sanción firme? Optemos por una u otra interpretación, surgirá el inconveniente de determinar cuál es el plazo del restante supuesto. En este punto, Tambussi otorga una simple solución al asegurar que “La acción y las sanciones que puede imponer la autoridad de aplicación prescriben a los tres años conforme el art. 50 de la ley 24.240. El plazo, entendemos se cuenta desde que se cometió la infracción denunciada”. (TAMBUSSI, Carlos E. [dir.], *Ley de Defensa del Consumidor - Comentada. Anotada. Concordada*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 313/315).

No obstante ello, estimo necesario efectuar algunas precisiones sobre la deficiente redacción del art. 50 LDC. Tal como se encuentra redactado el art. 50 LDC, el término “prescripción de la sanción” hace referencia al plazo que el Estado tiene para ejecutar la sanción impuesta firme. Por el contrario, la Comisión Reformadora, como la mayoría de la doctrina entiende —luego de la reforma del art. 50 LDC por ley 26.994— que la “prescripción de la sanción” hace alusión al plazo que tiene el consumidor para accionar administrativamente, y por ende también el plazo que tiene el Estado de imponer eventualmente una sanción al proveedor.

En sustento de mi postura puedo decir que el art. 50 LDC (redacción ley 26.361) establecía que el plazo de prescripción de tres años era para “Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley (...)”, es decir que los tres años para la prescripción englobaba: 1) al plazo que el consumidor tenía para demandar judicialmente al proveedor (acciones judiciales); 2) al plazo que el consumidor tenía para denunciar administrativamente al proveedor (acción administrativa) como asimismo el plazo que la autoridad de aplicación tenía para imponer la sanción al proveedor sumariado; 3) al plazo que el Estado tenía

---

(35) El art. 118 ALDC denomina “Sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor” a lo que actualmente se conoce como “Daño punitivo”, regulado en art. 52 bis LDC.

El plazo de tres (3) años establecido en la norma resulta coherente con el que históricamente viene otorgándose a las “acciones administrativas” conforme la redacción del art. 50 en sus dos primeras versiones.

para ejecutar la sanción firme impuesta al proveedor, luego de transitar el procedimiento administrativo (sanción judicial). Ello surge de la conceptualización penal que tenía el primigenio art. 50 LDC, al diferenciar la prescripción de las “acciones” y de las “sanciones”, tal como lo hace el Código Penal con la prescripción de la acción penal (art. 62, Cód. Penal) y de la pena (art. 65, Cód. Penal). Hay que tener presente que la sanción de “multa” está regulada en el Código Penal y tiene un plazo de prescripción de dos años.

La reforma del Cód. Civ. y Com. mantiene el plazo de prescripción de tres años respecto de las “sanciones” previstas en la LDC, pero no así en cuanto a las “acciones judiciales” y las “administrativas”; elimina, asimismo, la referencia al principio “pro consumidor” en este punto específico.

En consecuencia, se abre el siguiente panorama en materia de prescripción liberatoria en el ámbito consumerista: a) en cuanto a las sanciones administrativas; b) en cuanto a las acciones administrativas; c) en cuanto a las acciones judiciales. Conforme al nuevo texto legal, la prescripción de las sanciones administrativas sigue operando a los tres años. Ahora bien, prescripción de una “sanción” no es lo mismo que prescripción de una “acción” tendiente a la aplicación de una sanción. En efecto, en tanto la sanción administrativa implica una pena de tal índole, la acción es el acto inicial del procedimiento tendiente a tal fin; esta distinción se justifica, no solo desde el punto de vista conceptual, sino también desde el punto de vista normativo y práctico, ello así de momento que el texto anterior del art. 50 LDC al unificar en tres años el plazo de prescripción, tanto para las sanciones como para las acciones administrativas, no ofrecía problemas de interpretación al respecto; sin embargo, al mencionar ahora, el texto reformado, solamente a las sanciones emergentes de la LDC, cabe preguntarse cuál es el plazo prescriptivo de las acciones administrativas, las que quedan fuera de dicho texto.

Siguiendo a lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa, diremos que “Sobre este particular, debe distinguirse entre la acción que ejerce el consumidor, tendiente solamente a la aplicación de una sanción administrativa por infracción del proveedor y la acción en la que se reclama el resarcimiento del daño directo; en este último caso, en el que el consumidor se presenta ante la Autoridad invocando “un interés particular” (LDC, art. 45), ante la ausencia —a partir de la reforma— de norma específica en la LDC, la situación no difiere respecto de las acciones judiciales, pero, tratándose de denuncia del consumidor que persigue sólo el dictado de una sanción en sede administrativa

En relación a la *interrupción* del plazo de prescripción de las acciones administrativas, el ALDC mantiene la causal de “comisión de nuevas infracciones” (norma que se ha mantenido inalterable desde la sanción de la LDC) pero especificando ahora que las infracciones deben ser de “similar naturaleza”, a fin de evitar las distorsiones que produciría que cualquier comisión de una infracción traiga aparejado el efecto interruptivo de las acciones administrativas que no guardan una razonable relación con aquellas, salvo las de haber sido obradas por el mismo proveedor (37).

(art. 47, LDC), es decir, que “actuar en defensa del interés general de los consumidores” (LDC, art. 45, cit.), correspondería atender, en principio, al plazo genérico del nuevo art. 2560 Cód. Civ. y Com.

“Debe entenderse que, transcurrido dicho plazo, el consumidor pierde el derecho a accionar y, consecuentemente, la Administración se ve privada del derecho, poder o facultad de aplicar las sanciones respectivas; otro tanto ocurre si la Autoridad actúa de oficio. Y, si la acción administrativa se inicia a fin de percibir indemnización del daño directo, siendo esto de interés particular del denunciante, el plazo de prescripción, en este caso, no varía respecto del que correspondería en sede judicial. Ahora bien, no existiendo, en el nuevo texto legal, plazo específico —como lo había hasta ahora—, deberá computarse el mismo conforme a las pautas del nuevo Código de derecho común. En este sentido, entonces, opera el plazo prescriptivo de (tres) 3 años del art. 2561 Cód. Civ. y Com. atento a la unificación del régimen de responsabilidad civil.” (STJF, 31/10/2016 “Cetrogar SA s/apelación [ley pcial. 1480]”, LL Online: AR/JUR/80729/2016).

(37) Farina, advertía con la redacción del art. 50 LDC que la causal de interrupción del curso de la prescripción por la “comisión de nuevas infracciones” no resultaba de fácil comprensión, y ejemplificando de la siguiente manera: “Un empresario comente una violación a la ley 24.240, consistente en no advertir, como lo exige el art. 9°, que se trata de una cosa deficiente. Transcurren dos años sin haberse iniciado las actuaciones administrativas para sancionar esta conducta. Al término de estos dos años, ese empresario vende una cosa riesgosa sin haber entregado el pertinente manual que exige el art. 6°, con lo cual este empresario comete una nueva infracción, y, por ende, se interrumpe el término de la prescripción, que vuelve a correr a partir de esta nueva fecha. Esto significa que el empresario aludido, tiene ahora dos transgresiones para ser sometido al procedimiento administrativo o judicial; y que si espera liberarse mediante la prescripción deberá aguardar tres años por los otros dos casos. Si pendiente este nuevo término comete otra infracción, se volverá a interrumpir el plazo de prescripción en curso, y comenzará a correr un nuevo plazo de tres años para las tres causas, y así

Esta temática viene siendo discutida en doctrina y jurisprudencia, existiendo quienes en una “postura amplia” consideran que para que esta causal opere es necesario la comisión de cualquier infracción (de cualquier naturaleza, esté relacionada o no con el consumidor de que se trata), en tanto otros, poseen una “postura restrictiva” al estimar lo contrario: es decir, deben ser de similar naturaleza o bien ambas haber afectado directamente al consumidor en cuestión (38).

En este punto, el Anteproyecto se inclina por una interpretación restrictiva respecto a la naturaleza de la acción, reduciendo considerablemente los tipos de infracción que sirven como causal interruptiva. Solo serán válidas aquellas infracciones de “similar naturaleza” y no otras que, aunque se traten de infracciones al estatuto del consumidor (ALDC). Es decir, que ante una problemática de falta del deber de información, el consumidor no podrá valerse de otras infracciones (trato indigno, falta de deber de seguridad, práctica abusiva) que viene cometiendo el mismo proveedor con otros consumidores. No coincido con la solución adoptada por la Comisión Reformadora: el fundamento utilizado: “evitar las distorsiones”, no resulta válido en la realidad existente en los procedimientos administrativos en estos años. No se produce ninguna distorsión, pues la finalidad primigenia y central del procedimiento administrativo es evitar que el proveedor siga cometiendo “infracciones en general” y no “determinadas infracciones” en contra de los consumidores. Por otra parte, no debemos olvidar que el procedimiento administrativo es sancionatorio, es decir de naturaleza penal. En el Código Penal, al tratar la prescripción de la acción penal, el art. 67 establece que “(...) La prescripción se

sucesivamente mientras no se inicie el trámite administrativo o la acción judicial y este empresario continúe cometiendo infracciones”, con lo que prácticamente el empresario rara vez podrá oponer la prescripción, pero dando también una mirada distinta al asunto cuando expresa que “Claro está que cabe esta otra respuesta: que el empresario se abstenga de cometer infracciones; esta es la finalidad que persigue la ley mediante el criterio adoptado por el art. 50.” (FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, cit., ps. 519-521).

(38) WAJNTRAUB, Javier H., *Protección jurídica del consumidor*, LexisNexis, Buenos Aires, p. 266.

interrumpe solamente por: a) La comisión de otro delito; (...),” siendo conteste la doctrina al afirmar que se trata de la comisión de cualquier delito (no necesariamente el mismo tipo de delito) y contra cualquier persona. Y ello pues lo que se tiene en cuenta para la interrupción de la prescripción es el comportamiento delictivo del sujeto (39), su firme voluntad de seguir infringiendo la norma.

Por otra parte, también se viene discutiendo largamente respecto al concepto de “infracción”. Parte de la doctrina y jurisprudencia entiende que para que esta causal opere, es necesario que la existencia de la infracción haya sido declarada judicial o administrativamente (40), mientras que otros autores entienden lo contrario. (41) No obstante resultar una postura restrictiva, considero acertada la exigencia de que una infracción para ser tal, debe haber sido declarada tal administrativa o judicialmente y encontrarse firme. Y ello es así, tal como lo explica la Corte Suprema de Tucumán, por la naturaleza sancionatoria del procedimiento (42).

(39) Una condena por estafa interrumpe el curso de la prescripción en una acción penal seguida por lesiones leves o por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Ninguno de los tres delitos tiene relación entre ellos (bienes jurídicos distintos, víctimas diferentes, etc.) pero marca de manera clara la intención del imputado de estar al margen de la ley penal.

(40) FRANCO CARRARA, Juan Alberto M. - LEPISCOPO, Leonardo, (op. cit., p. 122), exigen que esta *infracción* sea declarada tal mediante resolución administrativa firme o sentencia judicial también firme.

(41) OSSOLA, Federico A., “La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo”, op. cit., loc. cit.

(42) CS Tucumán, sent. nro. 976, 5/7/2018, en donde expresa “(...) A efectos de lograr una certidumbre evidencial —de la comisión de la causal interruptiva— deberá tenerse en cuenta la ‘comisión de nuevas infracciones’, entendiendo esto no como la mera constatación de una infracción, el labrado de un acta o el inicio de actuaciones administrativas sino la imposición de una sanción firme. Es tan así, que para un importante sector de la dogmática penal actual, a la que cuadra recurrir por la naturaleza punitiva de las sanciones pecuniarias —multas— impuestas por la Administración (Fallos 156:100; 184:162; 239:449; 267:457; 287:76; 289:336; 290:202; 184:417; 202:293; 235:501; 287:76; 289:336; 290:202; (...) en similar sentido puede verse CS Tucumán, sentencia 642 del 8/9/2010, en ‘COPAN Cooperativa de Seguros Ltda. s/ recurso de apelación’, refiriéndose al caso puntual de las sanciones que impone la autoridad de aplicación de la ley 24.240, esta Corte ha admitido que las mismas tienen

Como segunda causal interruptiva del curso de la prescripción de la acción administrativa de consumo, el Anteproyecto incorpora al “inicio de las actuaciones administrativas”, pero con la particularidad —de manera similar al caso de las acciones judiciales— que el efecto interruptivo del curso de la prescripción subsiste “hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión, con autoridad de cosa juzgada”. Esta “subsistencia hasta la adquisición de firmeza de la resolución” resulta un paso muy importante para las autoridades de aplicación.

Actualmente, desde la presentación de la denuncia por parte del consumidor, hasta el dictado de una resolución sancionatoria que pone fin al procedimiento administrativo, y desde el dictado del acto administrativo sancionatorio hasta agotar los procedimientos revisorios (recurso de apelación y de casación o similar) pueden pasar mucho más de los tres años previstos en la actual norma. Sumado a ello, al no encontrarse previsto en la norma de consumo,

---

una indudable finalidad retributiva o represiva que se encuentra conceptualmente más cercana al ámbito de lo contravencional que de lo administrativo), *deviene imprescindible —a los efectos que nos ocupa— la certeza de la comisión de la falta* (CNPenal Económico, sala B, 2/7/2002, ‘R., A. A. y otros’, JA 2002-IV-710; ídem, sala B, 12/9/1997, ‘Pita Gustavo B’, entre otras), *exigiéndose incluso condena firme a los fines de tener por configurada la ‘nueva infracción’* (DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal argentino. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 1085; ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 74; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., t. III, Abeledo-Perrot, p. 484; ídem, TFiscal de Buenos Aires, sala I, 22/05/2008, en ‘Transporte Aéreo Petroleros’, LL Online: AR/JUR/6161/2008 entre muchos otros”).

la resolución sancionatoria de la autoridad de aplicación no puede ser considerada como un acto interruptivo —tal como acontece en materia penal la sentencia de condena(43). De este modo, gran cantidad de procedimientos tramitados e importantes sanciones impuestas, viéndose frustrado el trabajo de las autoridades de aplicación, y fundamentalmente atentando contra la finalidad retributiva, disuasiva y ejemplificadora del sistema administrativo de consumo.

El proveedor sabe que apelando y luego, judicialmente interponiendo diversos recursos, logra con cierta facilidad el transcurso del plazo de tres años, la prescripción de la acción administrativa y sin efecto la resolución sancionatoria no firme. Al prolongarse la interrupción durante todo el procedimiento administrativo, incluso en instancia de revisión, se logra desarticular este comportamiento obstructivo de los proveedores, y porque no la decidía de algunos operadores judiciales, evitando que las causas administrativas de consumo queden impunes.

Con este diseño, el consumidor tiene tres años desde la fecha del hecho para denunciar por ante la autoridad de aplicación, y a partir de ese momento, los plazos quedan interrumpidos durante todo el trámite administrativo hasta el dictado de la resolución sancionatoria, como también durante todas las instancias revisoras de ese acto administrativo, hasta que este adquiere firmeza con autoridad de cosa juzgada.

---

(43) Art. 67, inc. e), Cód. Penal: “La prescripción se interrumpe solamente por: (...) e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme (...)”.



**VINCULACIONES ENTRE DERECHO  
DEL CONSUMIDOR Y DEFENSA  
DE LA COMPETENCIA**  
.....





# Vinculaciones entre Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia

---

MIGUEL DEL PINO (\*)

## I. Introducción

El objetivo de un mercado competitivo es satisfacer la demanda de todos los consumidores a través de una oferta dispuesta a innovar y mejorar en forma continua. Es por ello que la debida y adecuada protección de los consumidores no podría sustentarse a través de un único plexo normativo. Tal como enseña Kemelmajer de Carlucci: “Una regulación satisfactoria de los procesos del mercado solo se puede conseguir si se tienen en cuenta los intereses de todos los participantes” (1).

En el marco del Anteproyecto de la nueva Ley de Defensa del Consumidor nos proponemos analizar un aspecto, quizás tangencial para los practicantes de esta área del derecho, pero cuya importancia a nivel político-normativo subyace a la misma regulación específica: la vinculación existente entre los regímenes de Defensa del Consumidor y el derecho de Defensa de la Competencia.

---

(\*) Ingresó a Marval, O’Farrell & Mairal en 1998 y fue designado socio en el año 2008. Actualmente dirige su práctica de defensa de la competencia. Se graduó como abogado de la Universidad de Buenos Aires en 1994 y en 1997 obtuvo un *Master of Laws* de la University of Pennsylvania. Es profesor de Derecho de Defensa de la Competencia en el curso de posgrado de Derecho Empresario Económico de la Universidad Católica Argentina.

El autor agradece la contribución y colaboración de Agustín Gonzalo Calderón en el presente trabajo.

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derecho de los consumidores y derecho de la libre competencia”, *Acad. Nac. de Derecho* 2000, p. 261.

Entendemos que para que las relaciones de consumo puedan desarrollarse adecuadamente, es necesaria la interrelación entre el régimen de defensa de la competencia y el régimen de protección al consumidor. Ambos parecerían estar disociados tanto desde sus albores, su bien jurídico tutelado, hasta su misma aplicación en la práctica. No obstante ello, las dos ramas del derecho resultan complementarias y la correcta implementación de sus normas genera beneficios recíprocos hacia ambos regímenes jurídicos.

Para poder desgranar cabalmente este postulado hemos dividido el presente artículo en diferentes capítulos. La primera sección realiza un análisis de la historia legislativa de cada una de las leyes protectoras, tanto de la competencia como del consumidor en la Argentina. Allí repararemos que su aparente desvinculación jurídica, en realidad tiene su enlazamiento legal en las propias normas de aplicación y fundamentalmente en nuestra Carta Magna. Luego de nuestro análisis histórico, haremos hincapié en cuál es el bien jurídico tutelado por ambas normas de derecho exponiendo las discusiones doctrinales/jurisprudenciales así como también consensos ideológicos sobre conceptos tales como “interés económico general” y “protección a los consumidores”. En tercer lugar haremos un análisis comparativo de ambos regímenes legales. Se ahondará sobre el conocido postulado entre sendas regulaciones —“dos caras de la misma moneda”— y pretendemos dilucidar su porqué. La complementariedad y sinergia hacen que los mismos no solamente tengan meras vinculaciones, sino

que su existencia mutua deviene necesaria para una adecuada protección en las relaciones de consumo. Finalmente, analizamos qué novedades trae consigo el Anteproyecto de la nueva Ley de Defensa del Consumidor en materia de vinculación entre el derecho del consumidor y la defensa de la competencia, comprendiendo la visión de los redactores en continuar profundizando sobre esta misma línea de estrecha e ineludible interrelación.

## II. Historia legislativa: el trayecto hacia las leyes 27.442 y 24.240

Una mirada fugaz sobre el desarrollo histórico de ambos regímenes pareciera indicar que ambos parten desde puntos dispares. Sin embargo, al analizar pormenorizadamente su concepción originaria, así como también el desarrollo jurídico de ambas disciplinas, podemos vislumbrar una integración fundacional entre ellas. Como veremos a continuación, no solo cada una de ellas contiene referencias implícitas y explícitas hacia la otra, sino que la misma Constitución Nacional consagró su vinculación explícita a partir de la reforma de 1994.

### II.1. La regulación de defensa de la competencia

La primera regulación de defensa de la competencia en la Argentina tuvo lugar en 1923 con la sanción de la ley 11.210. Esta norma, fuertemente influenciada por la *Sherman Act* americana de 1890, tenía como principal objetivo reprimir a los monopolios, ya sea a través de los actos tendientes a su creación o a su sostén, aumentando las ganancias empresarias desproporcionadas con el capital invertido y sin fundamentos en aportes técnicos o económicos que pudieran justificarlo. El art. 1º de la normativa disponía: “Declárese delito todo convenio, pacto, combinación, amalgama o fusión de capitales tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con él, en una o más ramas de la producción, del tráfico terrestre, fluvial o marítimo, o del comercio exterior en una localidad o en varias, o en todo el territorio nacional” (2).

Sin embargo, a pesar de la innovación jurídica para el país su aplicación pasó fuertemente desapercibida y fue reemplazada en 1947 por

la ley 12.906. Puntualmente, esta regulación prohibía —en sus primeros dos artículos— las prácticas tendientes a crear un monopolio o mantenerlo, como así también incluía una lista de acciones consideradas “especialmente” como actos de monopolio o tendientes a él. Lamentablemente, y al igual que su predecesora, la ley 12.906 corrió su misma suerte y fue un fracaso a los efectos de solucionar aquello a lo cual estaban destinadas a resolver. Su aplicación efectiva fue escasa y quedó en el olvido de las autoridades competentes para su aplicación.

Fue recién en 1980 con la sanción de la ley 22.262 que la Argentina tuvo, más allá de los libros, una regulación *antitrust* cuya relevancia en la teoría y en la práctica nos condujo hacia la actual legislación en la materia. Por primera vez, la legislación incluyó reglas tendientes a sancionar conductas que pudieran afectar, limitar, restringir o distorsionar la competencia en el mercado. La exposición de motivos fue clara al respecto y destinada a evitar los fracasos del pasado: definiendo con mayor precisión las conductas reprimidas, instrumentando un procedimiento administrativo para su ejecutoriedad y elaborando un marco jurídico adecuado para asegurar de modo cabal el correcto funcionamiento de los mercados.

La ley trajo consigo la noción de posición dominante y de “interés económico general” (el cual desarrollaremos en mayor profundidad más abajo). La mentada norma también impuso la regla de la razón como criterio decisivo al momento de evaluar la comisión de conductas anticompetitivas, determinando que las mismas serán tales si poseen la entidad de afectar al interés económico general, dejando de lado el sistema de conductas ilegales *per se*. Finalmente, y en cuanto a estructura gubernamental, la ley 22.262 introdujo una importante innovación que al día de la fecha sigue vigente (al menos en la práctica): la creación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la “CNDC”) como organismo de contralor de la ley.

En 1999 se promulgó la ley 25.156 y con ella se incorporaron numerosas modificaciones al régimen vigente. El objetivo principal de esta regulación residió en incorporar un régimen preventivo de control de concentraciones eco-

(2) Art. 1º, ley 11.210.

nómicas, de forma tal de evitar que las concentraciones en los mercados producto de fusiones y adquisiciones entre empresas puedan derivar en restricciones a la competencia y, eventualmente, en un perjuicio al interés económico general. Por su parte, la ley también innovó en cuanto a autoridad de aplicación. Se creó el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como organismo autárquico dentro del ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación. El tribunal, sin embargo, jamás fue constituido en 15 años de mandato legal, y la estructura de contralor de la ley quedó integrada (y avalada jurisprudencialmente a partir de dos decisiones de la Corte Suprema (3)) por la CNDC, cuyo objeto es llevar a cabo el análisis técnico, y el Secretario de Comercio, con facultades resolutorias.

En 2014, la ley fue nuevamente modificada, esta vez en forma parcial por la denominada ley 26.993, “Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo”. Esta reforma fue muy relevante en relación con el tema que nos compete, en tanto implicó la creación de un sistema mediante el cual los consumidores podrían solicitar una conciliación con las compañías en relación con sus denuncias; la creación de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo; y modificaciones a las leyes de Defensa del Consumidor (ley 24.240) y de Defensa de la Competencia (25.156, incluyendo la eliminación legislativa del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia).

Finalmente, el 9 de mayo de 2018 se sancionó la actual ley de defensa de la competencia 27.442. Esta introdujo cambios sustanciales. Entre los más relevantes se incluyen: (i) la creación de una nueva autoridad de aplicación, la Autoridad Nacional de la Competencia como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo; (ii) la actualización de los umbrales de notificación de concentraciones económicas y de excepciones a la misma, los cuales ahora estarán expresados en Unidades Móviles a ser actualizados anual-

mente por el Tribunal; (iii) la introducción de un sistema *ex ante* de control de fusiones; (iv) el incremento de los montos de las sanciones previstas por la ley; y (v) la incorporación del instituto de la clemencia.

## II.2. La regulación de la defensa del consumidor

La historia legislativa del derecho de defensa del consumidor resulta temporalmente más acotada. En la Argentina la regulación de defensa del consumidor tuvo su puntapié inicial a partir de la promulgación de la ley 24.240 en el año 1993. Sin embargo, su discusión comenzó mucho antes con el primer proyecto de ley presentado ante el Congreso de la Nación en 1986. Dicho proyecto, a pesar de haber obtenido media sanción en la Cámara de Diputados, perdió estado parlamentario y fue posteriormente presentado en 1988 con ciertas modificaciones. Fruto de dicho proyecto y de extensas negociaciones fue que finalmente se logró en 1993 la sanción de la ley de marras.

Sin embargo, su promulgación iba a resultar “agridulce” para sus impulsores debido al decreto 2089/1993 (4) a través del cual se vetaron algunas de las normas de su articulado. En particular, se eliminaron el régimen de garantía legal, reglas especiales sobre responsabilidad por defectos y ciertas normas procesales de acceso individual y colectivo a la justicia. No obstante ello, el régimen resultó un disruptivo avance en la materia, a través de la sanción de un ordenamiento de orden público que incluía normas generales relativas a la información, seguridad, cláusulas abusivas, servicios públicos domiciliarios, entre otras.

Como fuera destacado por la doctrina, la sanción local de una ley protectora de los derechos de los consumidores implicó un expreso reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en las relaciones de consumo y la correlativa responsabilidad estatal de protegerlo (5).

Con posterioridad a la reforma constitucional (a la cual nos referiremos a continuación) pro-

(3) CSJN, *in re*: “Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II y otros s/apel. res. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (SC 1216 L. XLI)” y “Recreativos Franco s/apel. res. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (SC, R.1172, L. XII)”.

(4) Ver <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/17723/norma.htm>.

(5) STIGLITZ, Gabriel, *Reglas para la defensa de los consumidores y usuario*, Juris, Rosario, 1997, p. 13.

siguieron diferentes modificaciones al régimen del consumidor (6), de forma tal de *aggiornarlo* a esta nueva realidad jurídica. Así, en el año 1998, se promulgó la ley 24.999 que vino a subsanar las eliminaciones vetadas, introduciendo así modificaciones parciales a la normativa vigente. En particular, se incorporó la obligatoriedad de las garantías y la responsabilidad objetiva por los daños producidos por “el riesgo o vicio de la cosa o de la prestación del servicio” (7).

La ley 26.631 trajo en el año 2008 importantes cambios a la ley 24.240. Luego de algunos años de aplicación de la ley del consumidor, los legisladores comprendieron la necesidad de brindar una mayor tutela a los derechos de los consumidores, dados los cambios originados por una nueva realidad económica y el surgimiento de nuevos mercados con novedosas complejidades. Esta regulación amplió los sujetos amparados por la legislación a aquellos que sin ser parte de una relación de consumo como “consecuencia o en ocasión de ella” (8) adquieren o utilizan bienes o servicios como destinatarios finales. Asimismo, introdujo las figuras del daño punitivo y el daño directo, así como también cuestiones coyunturales tales como modalidades de compras por correo, por internet o telefónica.

Finalmente, la mayor modificación tuvo lugar a raíz de la sanción de la ley 26.994 que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Esta norma introdujo incorporaciones sustanciales en materia de derecho de los consumidores. Entre sus inclusiones más relevantes se encuentran la recepción legislativa del contrato de consumo y la relación de consumo, como así también la adhesión al principio *pro consumidor* en forma coincidente con la legislación especial. Por su parte, también se contemplan las prácticas abusivas, *i.e.*, aquellas que violenten el trato digno, equitativo y no discriminatorio, como así también en materia contractual la inclusión de distintas modalidades contractuales como aquellos celebrados fuera de los estable-

cimientos comerciales y a distancia, y las potenciales cláusulas abusivas que pudieran contener, remitiendo esto último a las normas aplicables en materia de cláusulas predispuestas. Finalmente, se introdujeron normas específicas sobre la información incluida en las publicidades con el fin de tutelar la inducción al engaño por parte del consumidor. La legislación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vino así a establecer un “umbral mínimo” de protección de los derechos de los consumidores que permite ser ampliado por la legislación especial vigente, en este caso, la ley 24.240.

### II.3. La vinculación legislativa

Como se puede vislumbrar de lo anterior, el desarrollo estrictamente legislativo de los regímenes de defensa de la competencia y del consumidor pareciera partir desde bases disímiles e inconexas. Fue, sin embargo, la regulación de máxima jerarquía legal la que finalmente iba a consagrar en el año 1994 de manera explícita la vinculación legislativa definitiva entre ambos sistemas protectorios.

Como bien indica la doctrina (9), a partir de la primera mitad del siglo XX comenzaron a gestarse dentro del derecho comparado los llamados “derechos humanos de tercera generación”. Se denominó así a una serie de derechos que no se encontraban directamente vinculados con la protección de las personas en su individualidad, sino cuya protección se proyectaba sobre determinados sectores de la sociedad, o directamente, sobre la sociedad en su conjunto. Se comenzaron a aceptar entonces en las legislaciones locales este tipo de derechos, entre los cuales se encuentran el derecho a un ambiente sano, a la competencia, a la protección del patrimonio cultural, el de los consumidores, entre otros.

Producto de una coyuntura madura en la materia, dentro de la Sección Segunda de la Constitución Nacional, el legislador constituyente contempló estos llamados “derechos de tercera

(6) Tales fueron las modificaciones introducidas por las leyes 24.568 (1995) y 24.787 (1997).

(7) Art. 40 de la ley 24.240 incorporado por el art. 4º de la ley 24.999, BO 30/7/1998).

(8) Conforme la modificación al art. 1º de la ley 24.240.

(9) TORRES BUTELER, Eduardo, “La protección del consumidor a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba*, nro. 2 (2009): 126, <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/RFD/article/view/739>.

generación” y, en lo que nos respecta, incluyó una cláusula específica reconociendo sin óbices la recíproca y necesaria interrelación entre el derecho de los consumidores y el de la libre competencia.

De esta manera, el art. 42 de la Constitución Nacional consagra: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, *en la relación de consumo*, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, *a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales*, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”.

En esta misma sintonía, el art. 43, párrafo segundo, al regular el amparo dispone que “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, *a la competencia*, al usuario y *al consumidor*, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Como podemos ver, aunque el desarrollo legislativo pareciera separar ambos regímenes legales, se aprecia claramente como los mismos se encuentran entrelazados. Es que ambos forman parte de una misma estructura de tutela protectora hacia los consumidores. Y eso tiene una razón, no es aleatorio que el legislador constitucional haya integrado en una misma norma estos dos regímenes: estamos frente a un sistema de protección que, para que sea efectivo, es necesario hacer frente a diversos asuntos. Veremos a continuación cómo el bien jurídico tutelado de cada régimen cubre por su lado los diferentes flancos necesarios para poder lograr el cometido.

### III. Bien jurídico tutelado

En forma equivalente a los jugadores cuya función es defender y atacar dentro de un par-

tido de fútbol, la distinción tutelar entre los regímenes de defensa de la competencia y de defensa del consumidor reflejan que, a partir de sus diferencias tutelares, pretenden abarcar la mayor parte posible del espectro de las relaciones de consumo.

La legislación antimonopólica en la Argentina tiene como principal objeto de protección jurídica el “interés económico general”. Es así que en su nuevo articulado, la ley 27.442 establece en su parte correspondiente: “Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el *interés económico general...*” (10).

No existe, sin embargo, en ningún lugar de la ley una definición de este concepto. La interpretación ha sido realizada por la CNDC a partir de la sanción de la anterior ley de defensa de la competencia 22.262 que ya incluía el concepto de daño al interés económico general. La interpretación de la CNDC ha evolucionado de acuerdo con su jurisprudencia.

En reiterados precedentes la CNDC ha señalado al interés económico general como un sinónimo del “correcto funcionamiento de los mercados”. Así se ha pronunciado indicando que “...el interés económico general está preservado cuando está preservado el funcionamiento del mercado, ya que de este modo se obtienen todos los beneficios que resultan de la competencia; de manera que en el caso contrario, cuando se viene a conspirar contra ella, se afecta el interés económico general protegido por la norma” (11).

(10) Art. 1º, Ley de Defensa de la Competencia 27.442. El resaltado me pertenece.

(11) Res. 106, de fecha 12/4/1982, “Ifrisa S.R.L. denuncia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado y ECSAL S.A.”, dictamen CNDC del 11/3/1982.

También ha señalado ampliamente (12) que el interés particular de un competidor no puede ser asimilado al interés económico general.

En un expediente la CNDC recomendó la desestimación de la denuncia con el siguiente argumento: “Esto implica que la CNDC defiende el interés económico general, éste es su bien jurídico tutelado, y no los intereses particulares de los competidores. ... Por lo tanto en el presente caso no se reconocen indicios de una conducta de afectación negativa del interés económico general” (13).

La jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto: “Por el art. 1º, precedentemente recordado, se indican conductas no valiosas, que son de naturaleza económica y que pueden resultar lesivas del interés económico general; esta circunstancia no se encuentra acreditada en autos, pues no se advierten intereses de personas perjudicadas por este sistema de distribución de cigarrillos, y no se afecta, de modo alguno, el interés económico general, *que incluye al público en general* (valga la redundancia)” (14).

“En consecuencia, con las constancias del expediente principal, no quedó demostrada, ni aun potencialmente, *la falta de utilidad que la comunidad recibe de la conducta evaluada*, por lo que queda desvirtuado el considerado perjuicio directo para al interés económico general” (15).

La protección al interés económico general ha sido considerada por los autores como el objetivo de la legislación. Como destaca German Coloma, “Puede por ende suponerse que la protección del interés económico general representa el objetivo de la legislación argentina de defensa de la competencia, y que el funcionamiento competitivo de los mercados es el

medio por el cual la misma tiene a reguardar dicho objetivo” (16).

Actualmente, existe consenso en la doctrina en que el interés económico general es la protección de los consumidores en general. Esta concepción parte del análisis económico e identifica al interés económico general con el concepto económico de “excedente total de los agentes económicos” el cual puede medirse como la suma del “excedente del productor” (17) y del “excedente del consumidor” (18). Salvo casos particulares, el excedente total de los agentes económicos demuestra que se maximiza en los mercados perfectamente competitivos, beneficiando al interés económico general y, por otro lado, es afectado negativamente por los monopolios y otras formas de ausencia de competencia, dañando al interés económico general.

La utilización conceptual de estas herramientas por parte de la autoridad de aplicación se encuentra plenamente avalada desde el plano legislativo a partir de la sanción de los primeros Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas aprobados por medio de la res. 164/2001. Esta misma línea de pensamiento se mantiene inalterada y hoy en día se encuentra plenamente vigente a partir de la reciente sanción en 2018 de los nuevos Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas aprobados mediante res. SC 208/2018 (19).

Como se desprende de su letra, “...todas las unidades de un bien que se consumen en una economía competitiva de mercado generan un valor social neto positivo. La sociedad va-

(16) COLOMA, German, *Defensa de la Competencia*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 74.

(17) La diferencia entre la cantidad que un productor recibe por la venta de un bien y la cantidad más baja que un productor está dispuesto a aceptar por el producto es un excedente que el productor se lleva.

(18) La diferencia entre la disposición al pago y lo que verdaderamente abona es un excedente que el consumidor se lleva. También puede interpretarse como el beneficio que el consumidor obtuvo por haber adquirido el bien en cuestión.

(19) Ver res. SC 208/2018 (2018-208-APN-SECC#MP). Disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos\\_concentraciones\\_economicas\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_concentraciones_economicas_0.pdf).

(12) Res. 128, de fecha 27/11/2013, “Volvo Construcciones Equipment Do Brasil y Otros s/Infracción Ley 25.156”, expediente 064-011236/2001.

(13) *Ibíd.*, consid. 97.

(14) CNPenal Económico, sala B, 18/9/1998, “S.A.D.I.T. c. Massalin Particulares S.A.”, LL 1999-A-294. El destacado me pertenece.

(15) CNPenal Económico, sala B, 9/11/1998, “Editorial Amfin S.A.”, LL 1999-D-342. El destacado me pertenece.

lora esas unidades consumidas más de lo que cuesta producirlas; de otro modo, los bienes no serían consumidos, puesto que el precio que los consumidores estarían dispuestos a pagar por ellos (el cual refleja la valoración que los consumidores dan al bien) sería menor que el precio que exigirían los productores (el cual, en un entorno competitivo, refleja el costo de producir el bien). Por lo tanto, cuando la oferta de un bien se restringe mediante el ejercicio de poder de mercado, se dejan de consumir unidades que antes generaban un valor social neto positivo, con lo cual la sociedad en su conjunto se ve perjudicada”.

Por su parte, al momento de analizar el impacto de una concentración sobre el interés económico general los nuevos lineamientos disponen que “... debe atenderse también a las eventuales ganancias de eficiencia derivadas de la operación (tales como la concreción de economías de escala o alcance) y a los beneficios que esas ganancias signifiquen para los consumidores de la República Argentina (...) En consecuencia, la existencia de ganancias de eficiencia y el impacto que éstas tengan sobre los consumidores de la República Argentina pueden determinar que una concentración no perjudique al interés económico general aunque aumente la probabilidad de ejercicio de poder de mercado”.

De esta manera, el concepto de interés económico general ha ido evolucionado a través de los años y de las diferentes interpretaciones efectuadas por los órganos de contralor. No quedan, sin embargo, dudas de que la protección a los consumidores resulta de principal importancia a los efectos de determinar la ocurrencia o no de un daño a dicho bien tutelado.

Por su parte, la legislación de defensa del consumidor en la Argentina tiene como principal objeto de protección jurídica la “defensa del consumidor o usuario”. Así el art. 1º de la ley 24.240 establece: “La presente ley tiene por objeto la *defensa del consumidor o usuario*. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o

utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” (20).

A diferencia del régimen *antitrust*, la tutela de los consumidores es mucho más directa y su definición no ha sido objeto de diferentes interpretaciones en la doctrina y la jurisprudencia. Mismo así resulta su expresa distinción como norma de “orden público”, conforme establece el art. 65 del mismo régimen.

Finalmente, es la presente norma la cual crea la vinculación legislativa y el mentado “diálogo de fuentes” a nivel infraconstitucional entre los diferentes regímenes. El art. 3º de la ley 24.240 indica expresamente que “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

Como podemos ver, ambas legislaciones, aunque apuntan a diferentes sectores/participantes del mercado, se complementan. En terminología *antitrust* podríamos decir que el régimen de defensa de la competencia se sitúa como una protección aguas arriba procurando realizar una función macro, cuyo objetivo es mejorar las condiciones de competencia para lograr lo más cercano al ideal de mercado perfectamente competitivo posible. El régimen de defensa del consumidor, por su lado, vendría a ocupar una protección aguas abajo cuya función es micro y pretende lograr que dentro de ese mercado competitivo, las relaciones entre proveedores y consumidores se lleven a cabo con la debida protección del agente más débil —el consumidor— impidiendo los abusos provenientes de la asimetría de poder entre los jugadores.

Así también lo entiende Esteban Rópolo, quien afirma que “Mientras la Ley de Defensa del Consumidor busca proteger al consumidor en forma directa en cuanto parte más débil de la relación de consumo, la Ley de Defensa de la

(20) Art. 1º, Ley de Defensa del Consumidor 24.240. El resaltado me pertenece.

Competencia protege al consumidor de manera indirecta, a través de la protección de la competencia en un sistema de libre mercado... En este sentido, la Ley de Defensa de la Competencia no protege a un consumidor individual frente a un proveedor particular. Protege por el contrario, a todos los consumidores y los protege de manera indirecta, a través de la protección del mecanismo de mercado. Es si se quiere una protección a nivel macro” (21).

Vemos, entonces, la necesaria regulación de ambos sistemas para el cumplimiento efectivo de sus objetivos.

#### **IV. “Dos caras de una misma moneda”: Vinculación entre el régimen de Defensa del Consumidor y Defensa de la Competencia**

A menudo se caracteriza la relación entre estos dos regímenes como “dos caras de una misma moneda”, justificando así la complementariedad existente entre estos. Esta locución nos parece adecuada y demuestra fielmente que ambos protegen a una misma unidad: uno sin el otro quedaría descompensado. Veamos por qué.

La adecuada implementación y funcionamiento de un régimen de defensa de la competencia evita que el régimen de tutela del consumidor sea una farsa. En términos microeconómicos, el ideal de regulación de defensa de la competencia es lograr un mercado perfectamente competitivo o de competencia perfecta. Bajo este modelo económico, existe un gran número de compradores y vendedores, y ninguno de los agentes económicos puede influir sobre el precio del bien o servicio (todos son aceptadores de precio), el cual se encuentra determinado por la puja entre la oferta y la demanda (precio = costo marginal). Asimismo, este modelo teórico requiere que no existan barreras de entrada y de salida del mercado, así como también información completa por parte de los consumidores y proveedores.

Sin embargo, como bien indica Kemelmajer de Carlucci, “toda competencia es necesariamente imperfecta” (22). De esta manera, mediante el esfuerzo de lograr que el mercado sea lo más cercano al ideal teórico como posible, se verían reflejados en la práctica los excedentes positivos con él asociados: las compañías competirían genuinamente en el mercado, haciendo uso eficiente de los recursos económicos escasos, estimulando la innovación tecnológica y la calidad de sus productos y, consecuentemente, aumentando el bienestar general.

Sin una regulación que pretenda lograr un mercado con este tipo de características, la protección al consumidor tendría sentido, pero poco. El sistema de protección del consumidor cuyos pilares esenciales lo integran el deber de información y deber de protección y seguridad serían importantes, pero serían inocuos en tanto el consumidor no tendría opciones reales de productos, ni podría ejercer legítimamente su derecho a elección en tanto no existirían bienes sustitutos equivalentes en los cuales el consumidor podría modificar su consumo, ya sea por baja calidad, preferencia o como castigo hacia el productor. Asimismo, a pesar de que los consumidores estén plenamente informados, poco podrían hacer ante un Estado ausente en materia de control de fusiones económicas o actuaciones anticompetitivas/de abuso de posición dominante.

Por su lado, el deber de protección y seguridad de los bienes y servicios que se comercializan también se vería afectado. Los productores no tendrían los incentivos adecuados para garantizar la inocuidad de los bienes y servicios que pongan a disposición en el mercado, pudiendo afectar la salud de los consumidores. Su desinterés sería mayor al saber la poca elección del consumidor y la ausencia de información con la que contarían.

Es por ello que, sin un régimen de defensa de la competencia vigoroso, poco sentido tendría un régimen de protección del consumidor. Y lo mismo ocurre en sentido inverso. Difícilmente pueda negarse que los consumidores constituyen uno de los más importantes actores del

(21) RÓPOLO, Esteban, en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor, comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 218.

(22) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derecho de los consumidores y derecho de la libre competencia”, cit.



mercado. Sin un régimen de defensa del consumidor, sería imposible lograr un adecuado funcionamiento de la libre competencia. La importancia de los consumidores como “motor de la economía” requiere de una población informada y empoderada. Así, en forma individual, como colectiva (a través de asociaciones), los consumidores pueden limitar el poder de las corporaciones y lograr una mayor eficiencia en el mercado.

Ahora bien, la presencia combinada de ambos regímenes crea un círculo virtuoso. El Estado controla a los competidores con el objeto de crear mercados lo más competitivos posibles, y los consumidores empoderados generan las exigencias adecuadas y modifican sus consumos racionalmente, de forma tal de incentivar a aquellas compañías a que funcionen de la mejor manera posible, apuntando hacia un mejoramiento del bienestar general.

## V. El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor recoge y sigue esta misma línea de estrecha vinculación.

A nivel normativo, la ley de defensa de la competencia aparece mencionada en el art. 28 relativo al “diálogo de fuentes”, en el cual se detalla la integración normativa del Anteproyecto con las otras fuentes de derecho. Así como fuera receptado por el art. 3° de la ley 24.240, el Anteproyecto dispone que la presente “Se integra también con la ley de lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia”.

A nivel formal, la nueva ley de defensa de la competencia es mencionada como influyente en la creación institucional de la nueva autoridad de aplicación, la Autoridad Nacional del Consumidor (la “ANCON”). Se destaca su afinidad con la Autoridad Nacional de Competencia, debido a su organización autárquica y descentralizada, pero con una adecuada relación con el Poder Ejecutivo nacional. Creemos que es un acierto, atento a la unidad tutelada, que la estructura institucional de ambos regímenes sea equivalente. De esta manera, no solamente se recogen los años de experiencia y frustraciones provenientes de la fallida cons-

titución del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, sino que también se unifican las estructuras a fin de lograr una unicidad en la aplicación práctica.

A nivel sustancial, nos parece importante destacar la incorporación de la “teoría del *market share*” para aquellos casos en donde existe una imposibilidad para identificar al proveedor de un producto defectuoso que ha generado daños. Para su debida aplicación, será desde ya importante seguir la línea jurisprudencial que lo originó en el derecho americano en el afamado caso “*Sindell v. Abbott Laboratories*” (23). Sin embargo, creemos que es aquí en donde la ley de defensa de la competencia, junto con su régimen normativo aplicable, puede agregar valor sobre la regulación del consumidor. Amparándose en el mentado art. 28, la autoridad de aplicación podrá hacer uso de las herramientas utilizadas a lo largo de los años por la CNDC. En este sentido, para realizar un correcto cálculo de las participaciones de mercado, primero deberá definir un mercado relevante de producto y geográfico. Para ello podrá valerse del test del “SNNIP”; conforme detallan los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas el mercado relevante del producto se definirá como el menor grupo de productos respecto del cual, a un hipotético monopolista de todos ellos, le resultaría rentable imponer un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio.

Asimismo, podrá el regulador hacer uso de otros métodos cuantitativos utilizados por la autoridad de aplicación *antitrust* para evaluar, graduar y cuantificar la importancia de una empresa a partir de su cuota de mercado. Para ello podría resultar útil el índice Herfindahl-Hirschman (HHI) para medir la concentración en los mercados, como así también, el cálculo del índice de dominancia (24).

(23) Ver “*Sindell v. Abbott Laboratories*”, 26 Cal. 3d 588 (1980).

(24) Ver [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/herramientas\\_cuantitativas\\_para\\_el\\_analisis\\_de\\_concentrac\\_2.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/herramientas_cuantitativas_para_el_analisis_de_concentrac_2.pdf) y el Proyecto de Lineamientos para el Análisis de Casos de Abuso de Posición Dominante, disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto\\_lineamientos\\_abuso\\_posicion\\_dominante.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_lineamientos_abuso_posicion_dominante.pdf).

Finalmente, nos parece adecuada la incorporación de unidades móviles dentro del régimen sancionatorio del art. 157. De igual forma que lo ocurrido en el ámbito de defensa de la competencia, la inclusión de una unidad de medida móvil (en este caso salarios mínimos vitales y móviles) impedirá la desactualización monetaria a lo largo de los años, y permitirá que los incentivos continúen siendo los correctos. El adecuado mantenimiento del sistema preventivo y punitivo permitirá la correcta protección de los consumidores y usuarios.

## **VI. Conclusión**

En una sociedad de consumo, sería imprudente desconocer la necesaria interrelación existente entre el derecho de defensa de la competencia y la defensa de los consumi-

dores. Como pudimos ver a lo largo del presente artículo, ambos sistemas se relacionan, se entremezclan y se complementan para lograr que exista una adecuada protección en las relaciones de consumo en su totalidad. Y para que ello se logre es necesario tanto vigilar atentamente los desvíos de los competidores, como así también capacitar y proteger a los consumidores.

Creemos que el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor recoge esta visión y ahonda en sus postulados. Será el tiempo el que dirá si la estructura jurídica contenida tanto en el Anteproyecto como en la nueva Ley de Defensa de la Competencia tienen la entidad suficiente para recoger en la práctica todos los beneficios resultantes de la adecuada simbiosis entre estos dos regímenes.

# Vinculaciones entre Derecho del consumidor, Defensa de la Competencia y Lealtad en la Competencia en el derecho comparado. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de la nueva Ley de Defensa del Consumidor en Argentina

---

EMILIO GARCÍA R. (\*), JULIÁN RAMÍREZ (\*\*) Y JORGE RUIZ (\*\*\*)

## I. Introducción

Desde los fundamentos o exposición de motivos del ANLDC se advierte en forma temprana

---

(\*) Abogado con Especialización en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho de la Empresa de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona). Director Jurídico del Ministerio de Agricultura de Colombia (2002-2004). Miembro del equipo negociador del TLC Colombia / EE.UU. (2004-2006). Catedrático en Propiedad Intelectual e Innovación; Derecho de la Competencia y Protección al Consumidor, por más de 13 años (2005-presente), en pregrado y postgrado. Profesor de la Maestría en Propiedad Intelectual de la Universidad de las Américas en Ecuador. Profesor de la Maestría en Negocios Internacionales de la Universidad Politécnica Granacolombiano. Director de la Especialización en Derecho de la Competencia y Protección al Consumidor y Vicepresidente de la Liga de Protección del Consumidor de la Universidad Sergio Arboleda. Autor de varios artículos y capítulos de libro. Conferencista Ponente en varios foros a nivel nacional e internacional. Director y Socio fundador de la firma EGCR & Abogados Asociados de Bogotá. Asesor de entidades públicas, empresas privadas y organismos internacionales de cooperación FAO, USAID, Cooperación Europea y Cooperación Suiza - Colombia. Arbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje - Cámara de Comercio de Bogotá.

(\*\*) Estudiante de X Semestre de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, actualmente en intercambio en Chicago - Kent Collegue of Law.

su vinculación con los objetivos de la normatividad sobre defensa de la competencia en una visión sistemática y complementaria orientada hacia la búsqueda de la transparencia en los mercados. En efecto, el ANLDC consagra el principio según el cual la política de protección al consumidor y las autoridades con competencias generales y especiales deben atender a “la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados” y “al control de los monopolios naturales y legales” (art. 29).

Este puente de dos vías que une la defensa del consumidor con la defensa de la competencia en Argentina se ve reforzado con la ANLDC, pero sus bases estructurales se habían cimentado desde la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor al consagrar el principio de integración normativa de aquella con la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia; en sentido inverso, partiendo de esta última se destaca en esta vinculación la creación del Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores y la incorporación legal del “daño punitivo”, figura que también representa otra vía de encuentro entre ambas disciplinas (1).

---

(\*\*\*) Egresado de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

(1) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Los daños punitivos en las normas de protección de la com-

A propósito del ANLDC el presente artículo defiende la tesis de la necesaria complementariedad entre las normas de defensa de la competencia con los objetivos de la defensa del consumidor, relevando una tendencia en el derecho comparado de convergencia de las dos disciplinas expresada en las decisiones de autoridades en las que tiende a primar el estándar de bienestar del consumidor sobre otros objetivos de eficiencia económica, no exenta por supuesto de matices dada la multiplicidad de objetivos reconocidos al derecho de la competencia.

Nuestro enfoque se orienta a advertir la intersección de las dos disciplinas, no solamente en la relación que se expresa en la propia normatividad *ad intra* y *ex ante*, sino también desde una óptica *ad extra* y *ex post*, en la aplicación de normas de defensa de la competencia a través de una revisión de derecho y práctica comparados.

## II. Vinculación *ad intra* y *ex ante* entre defensa de la competencia y defensa del consumidor

La defensa de la competencia es el instrumento básico con el que cuenta una economía para asegurar que los precios, la cantidad o la calidad de bienes disponibles en un mercado sea el resultado exclusivamente de la oferta y la demanda, de manera que su fijación o determinación estén ajenos a prácticas restrictivas de los agentes que participan (*acuerdos, abuso de posición dominante, concentraciones*), con la consecuente salvaguarda del principio de protección y libre elección de los consumidores (2).

En ese sentido, la libertad de empresa conlleva la posibilidad real para el empresario de participar en el circuito económico para obtener el beneficio de la clientela, empero, el ejercicio de este derecho no tiene una manifestación absoluta, por cuanto se imponen constitucional y legalmente algunas limitaciones (excepcionales), la más importante, a nuestro juicio, la pro-

tección del consumidor, por cuanto es la forma más auténtica de que los agentes alcancen la necesaria confianza en el mercado.

Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor tienen rango constitucional y en las normas que los consagran se aprecian sus objetivos complementarios (v.gr.: arts. 42(3) y 43(4) CN, respectivamente, en Argentina y art. 333(5) y 78(6), respectivamente, CN Colombia); en efecto, al establecer el principio de

(3) El art. 42, CN Argentina, en su párrafo segundo establece: “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos (de los consumidores), a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”.

(4) El art. 43 de la CN Argentina señala en su párrafo segundo que “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

(5) Art. 333 CN Colombia. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

(6) Art. 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

petencia y de los consumidores: Análisis Comparativo. Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia”, ed. esp., Thomson Reuters - La Ley, 2018, p. 458.

(2) Ver entre otros: GARRIDO FALLA, F. (dir. y coord.), ARIÑO ORTIZ, G., BAENA DEL ALCÁZAR, M., BASSOLS COMA, M., y ENTRENA CUESTA, R., *El modelo económico en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981.

economía de libre mercado las constituciones sientan las bases para generar los incentivos necesarios para que las empresas produzcan a un menor costo, mejoren su eficiencia y competitividad, se garantice la variedad de precios disponibles, entre otros objetivos;(7) en este sentido, los límites a la libre actividad económica se manifiestan en las leyes de defensa de la competencia colocando a las empresas bajo una presión que conduce a una mejora de la oferta disponible(8) y en las leyes de protección al consumidor garantizando el principio de libertad de escogencia frente a la demanda a través de la regulación de la calidad e idoneidad de los bienes y servicios disponibles, la asimetría en la información que se le transmite al consumidor, la necesaria veracidad de las afirmaciones objetivas que reciba a través de la publicidad, la protección contractual como parte débil en la relación de consumo, el derecho de retracto en ciertas condiciones, entre otros aspectos, con lo cual ambas disciplinas (competencia-consumo) actúan inescindiblemente en la ordenación del mercado (9).

Se advierte una tendencia en los Estatutos de Defensa de la Competencia a incluir dentro de sus objetivos el bienestar del consumidor, incorporando instrumentos concretos que deben tenerse en cuenta en las investigaciones, tales como garantizar su participación en la elección de los dignatarios de las instancias competentes (10), la posibilidad de intervenir

---

(7) STIGLITZ, Joseph, reconoce la necesidad de una regulación de los mercados dirigida a la tutela de los consumidores como herramientas que se dirijan a alcanzar la utopía del “mercado perfecto”. Ver: “La información y el cambio de paradigma en la ciencia económica”, *Revista Asturiana de Economía*, nro. 25, 2002.

(8) NIHOUL, Paul, *Introducción al Derecho de la Competencia*, trad.: Aguayo, Andrés, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 21.

(9) El Tribunal Constitucional en España ha señalado en sentencia de 11 de noviembre de 1999 al respecto: “(...) hemos caracterizado la defensa de la competencia y la protección de los consumidores como ‘los dos aspectos de la ordenación del mercado’, caracterización que comporta inmediatamente la definición de una y otra (defensa de la competencia y protección de los consumidores) como especies del género de las competencias de ordenación del mercado”.

(10) Ley 27.442, art. 22: Los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones

directamente en aquellas(11), pero fundamentalmente como un objetivo en el análisis económico en una investigación por prácticas restrictivas o en la autorización previa de concentraciones económicas (12).

Ahora bien, desde otra perspectiva, el catálogo de conductas consideradas contrarias a la libre competencia tiene una relación directa con la defensa del consumidor, al tipificar como prácticas restrictivas las ventas atadas, la imposición de condiciones discriminatorias a compradores, el incumplimiento injustificado de las condiciones de contratación (v.gr. incs. g], h] e i], art. 3º de la ley argentina y decreto 2153 de

---

profesionales y de defensa de consumidores y usuarios, las entidades académicas y de derechos humanos, podrán en el plazo de quince (15) días a contar desde la publicación del resultado del concurso oficial, presentar ante el Ministerio de Producción de la Nación y ante la presidencia del Honorable Senado de la Nación, por escrito y de modo fundado y documentado, las observaciones que consideren de interés expresar respecto de los incluidos en el proceso de preselección.

(11) Ley 27.442, art. 28: (...) p) Suscribir convenios con asociaciones de usuarios y consumidores para la promoción de la participación de las asociaciones de la comunidad en la defensa de la competencia y la transparencia de los mercados”; art. 51: El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá dar intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante el mismo, a los afectados de los hechos investigados, a las asociaciones de consumidores y asociaciones empresarias reconocidas legalmente, a las autoridades públicas, provincias y a toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados. En Colombia, la ley 1340 de 2009, art. 19, establece por su parte que “(...) los consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tendrán el carácter de interesados y (...) podrán intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie”. También se permite que participen “las ligas o asociaciones de consumidores”. Para un análisis del papel del consumidor en el Derecho de la Competencia. Aspectos procesales, ver ARCHILA, Emilio, *Perspectivas del derecho del consumo*, Universidad Externado de Colombia, 2013, ps. 653-668.

(12) La excepción de eficiencia consagrada en el art. 12 de la ley 1340 de 2009, consiste en la facultad de SIC de no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso que los beneficios de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia, acompañando el compromiso de los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.

1992, arts. 47 y 50 en Colombia), conductas todas ellas que claramente protegen el bienestar del consumidor y que están igualmente proscritas en los estatutos de defensa del consumidor.

Ello explica, por ejemplo, que la discriminación, conforme al art. 8º bis de la Ley de Defensa del Consumidor se sancione con la aplicación de un daño punitivo contra el proveedor que incurra en dicha conducta y como las ventas atadas se encuentren prohibidas en ambos regímenes.

Otra cara de la moneda de la vinculación es la tendencia de la defensa de competencia a no sancionar acuerdos que resulten beneficiosos para los consumidores, como puede suceder en algunos acuerdos verticales. En este punto cabe mencionar que en el régimen argentino se aprecia un enfoque de análisis de las restricciones hacia la regla de la razón, en virtud del cual la autoridad evalúa y pondera los efectos procompetitivos y anticompetitivos de una práctica restrictiva para decidir si debe sancionarla, con lo cual en algunos casos la evaluación de los efectos hacia el consumidor resultaría de altísima relevancia. De igual manera, en el régimen argentino, la existencia de abuso de la posición dominante se define según las circunstancias particulares del caso y la afectación a la libre competencia que genere la conducta, lo que exigiría de suyo un previo análisis económico sobre los efectos de la misma, análisis en el cual la afectación a consumidores puede resultar fundamental.

Lo mismo puede ocurrir en el régimen colombiano, no obstante que el mismo consagra algunas prohibiciones no taxativas que constituyen *per se* acuerdos restrictivos y otras conductas taxativas que constituyen abuso de posición dominante, que llevan a algunos a pensar que se debe excluir cualquier análisis económico sobre la eficiencia de la conducta, no obstante, se han admitido por la autoridad única de competencia en algunos decisiones y en la guía sobre la aplicación de normas de la competencia en acuerdos de colaboración, que en algunos casos resultaría aplicable un estándar o análisis de beneficios y bienestar social (consumidores) que puedan generar algunas conductas restrictivas calificadas anticompetitivas por objeto, tales como acuerdos de colaboración,

establecimientos de precios mínimos, acuerdos temporales de no competencia (13).

Ahora bien, la diferencia en los enfoques se presenta en tanto que en el derecho de la libre competencia se tiene en cuenta la significatividad de la conducta para activarlo, lo que implicaría desde una perspectiva del consumidor que se requiere la afectación de sus intereses colectivos (14), en tanto que en la defensa del consumidor, un caso individual es relevante para activar las normas y, en ese sentido, es un derecho de personas o que incluye la protección directa de intereses individuales. No obstante, los estatutos de defensa del consumidor no son ajenos al reconocimiento de acciones populares o de grupo para la protección de intereses colectivos, como ya lo señalamos (15).

Al lado de las normas de defensa de la competencia se encuentran también las normas de Lealtad en la Competencia (16), que integran también el derecho de los mercados. Frente a estas normas, es clara una tendencia a incluir tipos específicos que atienden a la protección del consumidor como es latente en el régimen europeo, por ejemplo, en la Directiva 29/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que tipifica conductas

(13) Para revisar un estado del arte sobre las discusiones académicas en torno a la aplicación de la regla *per se* y la regla de la razón en Colombia, puede revisarse: ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José (ed.), AA.VV., *¿Regla per se y regla de la razón? Interpretación de las normas de competencia*, Universidad Externado de Colombia, 2018.

(14) Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 4839 de 2013. Asunto. Aguardiente Antioqueño.

(15) Estatuto del Consumidor en Colombia, art. 56, numeral 2, que las incluye dentro de las acciones jurisdiccionales.

(16) “Las conductas consideradas contrarias a la ética o usos comerciales, también llamadas de “competencia o comercio desleal” son susceptibles de distorsionar las expectativas legítimas de los participantes en el mercado a no ser defraudados, y por tanto su realización perjudica tanto a los consumidores, quienes pueden verse sujetos a un engaño, como a los productores, quienes pueden verse excluidos injustificadamente del mercado, por el competidor desleal que lesiona su imagen, medra su patrimonio, roba sus secretos industriales, etc. CNUCYD. *Manual para la formulación y aplicación de Leyes de competencia*, 2004. p. 60.

de protección al consumidor, tales como (17): prácticas desleales con los consumidores; prácticas engañosas por confusión con los consumidores; sobre códigos de conducta; prácticas señuelo y promocionales engañosas; engañosas sobre la naturaleza y las propiedades; prácticas de venta piramidal; prácticas comerciales encubiertas; prácticas agresivas por coacción; por acoso; con menores; otras prácticas agresivas.

De igual manera, en varias de las conductas típicas en los estatutos de competencia desleal, el elemento clave para su configuración que subyace al análisis y reflexión de la autoridad o juez de la causa y al debate probatorio, es la necesaria demostración de un error del consumidor sobre la procedencia empresarial (confusión) de un producto o servicio o sobre las calidades, cantidades, origen, aptitud en el empleo u otras características de estos (engaño), con lo cual, siempre está latente la necesidad de demostrar que los consumidores sufrieron distorsiones en la formación de sus expectativas, preferencias o decisiones de compra. Lo propio, sucede con otras conductas como el descrédito, la comparación, la imitación y la explotación de la reputación ajena, amén del acto de desviación de clientela (18).

(17) Ley de competencia desleal española. Esta inclusión de normas específicas de defensa del consumidor en el estatuto de competencia desleal en España, ha merecido que opiniones calificadas describan el fenómeno como la “consumerización de las normas de competencia”. BARONA VILAR, Silvia, Conferencia Universidad Sergio Arboleda.

(18) El art. 8º de la ley 256 de 1996, Ley de Competencia Desleal en Colombia, consagra como conducta desleal autónoma la desviación de clientela en los siguientes términos: “Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”. En otras legislaciones no ocurre lo mismo, porque se considera que la desviación de clientela un efecto de una conducta desleal, cuya demostración es relevante para la indemnización de daños y perjuicios sufridos como consecuencia del acto desleal de allí que no se tipifica como una conducta desleal en sí misma.

### III. Vinculación *ex posty ad extra* entre defensa de la competencia y defensa del consumidor

La defensa de la competencia, entendida como un sistema de normas, autoridades competentes y las decisiones que adoptan para vigilar el mercado, gira en torno de múltiples objetivos. Sobre dichos objetivos son conocidas las posturas de las escuelas económicas de Harvard y Chicago (19) y su influencia en la orien-

(19) La Escuela de Harvard se consolida a mediados del siglo XX, sus principales representantes son Edward Chamberlain, Edward Mason y Joe Bain. Dicha escuela sugiere la aproximación estructural de la economía con el derecho de la competencia, se afirma que cuando los mercados están concentrados en grandes compañías, hay mayores posibilidades de que exista una conducta anticompetitiva. Hay una clara influencia al momento de la redacción de la *Sherman Act* y la *Clayton Act*, pues las decisiones tomadas por los jueces, deben estar enfocadas en la protección de los competidores independientes en el mercado en contra de las grandes firmas. (ver: MILLON, David, “The Sherman Act and the Balance of Power”, 61 S. CAL. L. Rev. 1219, 1287-92 (1988) (en donde se analiza que el propósito original de la *Sherman Act* es la protección de las instituciones democráticas de la concentración del poder económico); ver: DI LORENZO, Thomas J., “The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective”, 5 *Int’l Rev. L. & Econ.* 73, 74-76 (1985) (el autor argumenta que la *Sherman Act* fue diseñada para transferir bienestar hacia los pequeños comerciantes y los campesinos, frente a las grandes compañías). La consecuencia más próxima para el derecho al aplicar esta corriente de pensamiento es que se deben estructurar conductas anticompetitivas *per se* debido a que la mera concentración de los mercados implica una amenaza, sin importar si produce un mayor beneficio a los consumidores reflejado por ejemplo en una caída de los precios o una mayor calidad del producto (p. ej., en un artículo de Donald Turner en *Harvard Law Review* se argumentó que la concentración de los mercados es ineficiente, por lo que el congreso debe legislar permitiendo a las cortes desmantelar las grandes firmas o conglomerados económicos, incluso si estas tienen mayores posibilidades de manejar las economías a escala o disminuir el precio de los consumidores. TURNER, Donald F., “The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal”, 75 *Harv. L. Rev.* 655, 663-73 (1962). Desde un enfoque judicial de la escuela de Harvard se puede tomar como referencia el caso *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945) en esta sentencia la Corte concluye que sin importar el beneficio a los consumidores, no se debe tolerar que una compañía concentre la mayor parte del mercado, así, tomando ventaja de que la producción de aluminio es una economía a escala, la compañía *ALCOA*, había monopolizado la mayor parte del mercado, que aunque traía una reducción en los precios del consumidor, impedía la entrada a otros competidores que a

tación que han adoptado los diferentes sistemas jurídicos de defensa de la competencia, no obstante, existe una tendencia a incorporar

larga no podían hacer frente a la estrategia de expansión de la demandada) (traducción y análisis del artículo de PIRAINO, Thomas A. Jr. [2007], "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century", *Indiana Law Journal*: Vol. 82: Iss. 2, Article 4, ps. 348-350).

Por su parte, la Escuela de Chicago considera que no existe evidencia de que la intención del Congreso al crear las leyes de defensa de la competencia, buscaran la protección de los competidores individuales o de menor tamaño en contra del ejercicio dentro del mercado de las grandes firmas. Así, uno de los pensadores de esta corriente, Robert Bork, argumentó que las leyes de defensa de la competencia solo buscaban incrementar la eficiencia dentro de la economía de los Estados Unidos (ver: BORK, Robert, "Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act", 9 J.L. & Eco N. 7 (1966). En consecuencia, la escuela de Chicago cree que los mercados tienen la tendencia a corregir los desequilibrios que se puedan producir entre los competidores, por ellos mismos, sin necesidad de la intervención de ningún tipo de regulación (ver: *Eleanor Fox The Battle for the Soul of Antitrust*, 75 Cal. L. Rev. 917, 917 (1987). En ese artículo se hace un importante análisis en donde se concluye que la Escuela de Chicago afirma que a los mercados se les debe permitir actuar libremente porque el mayor beneficio proviene de la tendencia natural de las firmas a ser eficientes). En consecuencia, esta corriente de pensamiento sostiene que debido a que los mercados se corrigen a sí mismos en cualquier evento, las cortes y los organismos regulatorios solo deben intervenir el proceso de competencia en los mercados cuando es evidente, después de un estudio profundo, que la conducta anticompetitiva está amenazando el bienestar de los consumidores (ver: HOVENKAMP, Herbert, "Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique", 2001 *Columbus. L. Rev.* 257, 269 ("Los escritores de la Escuela de Chicago desarrollaron argumentos razonables respecto a que a largo plazo los mercados tienden a corregir sus propias imperfecciones y que los tribunales deben estudiar las prácticas anticompetitivas con el asesoramiento adecuado antes de decidir si una intervención es apropiada"). El pensamiento de la Escuela de Chicago comenzó a tener impacto en los casos de defensa de la competencia a finales de los 70s, cuando sus pensadores empezaron a llegar a las altas cortes, incluyendo a Robert Bork, Frank Easterbrook, y Richard Posner (ver: *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines*, 792 F.2d 210 [D.C. Cir. 1986] [Bork, J.]; *Polk Bros. v. Forest City Enters.*, 776 F.2d 185 [7th Cir. 1985] [Easterbrook, J.]; *Valley Liquors, Inc. v. Renfield Importers, Ltd.*, 678 F.2d 742 [7th Cir. 1982] [Posner, J.]). Se dejó de aplicar la presunción de ilegalidad en los diferentes casos de conductas que afectaban la competencia, los jueces y los agentes reguladores insistían en probar los efectos específicos de una conducta anticompetitiva, antes de declarar su ilegalidad. Era

los objetivos sociales que inspira la primera de dichas escuelas, tales como la obtención de excedentes colectivos y la protección del consumidor, dejando de lado únicamente los objetivos de crecimiento económico dirigidos a la maximización y obtención del mayor índice de riqueza, propios de la segunda.

A riesgo de simplificar el amplio debate doctrinario al respecto y con el único propósito de constatar nuestra hipótesis, nos referiremos a los vínculos *ad extra* y *ex post* entre las dos disciplinas, relevando la tendencia de diferentes regímenes de defensa de la competencia que reconocen la relación de sus normas con el objetivo de la protección del consumidor, tanto en el régimen norteamericano *a pesar de que no exista un reconocimiento normativo implícito de este objetivo; sí jurisprudencial* (20), como en el régimen europeo *a pesar de su énfasis en la protección del mercado intracomunitario* (21) y en Latinoamérica (22), cuyo ejemplo latente se encuentra en Argentina con el ANLDC y su relación sistémica con las normas de defensa de la competencia y en Colombia que reconocen explícitamente como objetivo de la aplicación de las normas de competencia la protección al consumidor (23).

insuficiente con que el demandante probara que una firma individual o un grupo de competidores tuviera un porcentaje significativo del mercado (traducción y análisis del artículo de PIRAINO, Thomas A. Jr. (2007), "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century," *Indiana Law Journal*: Vol. 82: Iss. 2, Article 4, ps. 350-352).

(20) Ni la Sherman Act de 1890, ni la Clayton Act de 1914, mencionan taxativamente los objetivos o propósitos del derecho antitrust. No obstante, la relación con el derecho de la competencia es innegable para algunos doctrinantes, ver: WEBER WALLER, Spencer, "Competition and Consumer Protection: Breaking Down the Walls", Conferencia: "European Competition and Consumer Protection Officials", DG Comp, Comisión Europea, Bruselas, 2003, ps. 1-9.

(21) Numeral 3, art. 101 del TFUE.

(22) V.gr. en Colombia, art. 333 CN, art. 2º de ley 1340 de 2009.

(23) Ley 1340 de 2009, art. 3º. Señala como propósito de las actuaciones administrativas de la autoridad única de competencia: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.



A pesar de los matices y el énfasis particular que pueda tener esta aproximación según el régimen que se analice (*Estados Unidos, Unión Europea, Latinoamérica*), la defensa de la competencia viene reconociendo la protección al consumidor como uno de sus objetivos.

No podría ser de otra manera por cuanto las empresas y los consumidores son conceptos que interactúan en la regulación de los mercados de tal manera que las normas de libre competencia y su aplicación concreta por las autoridades competentes en defensa de dicha libertad deben incorporar la protección del consumidor como un objetivo social relevante para las mismas, tendiente a disminuir la asimetría que refuerzan los agentes oferentes a través del engaño, la manipulación o la explotación de su poder de mercado, supuestos de análisis que se incorporan en las investigaciones por prácticas restrictivas de la libre competencia para revisar los efectos de una conducta en el bienestar del consumidor (24).

### III.1. Estados Unidos

En varias decisiones, tanto de la Suprema Corte como de los Jueces de Distrito, se ha expresado el vínculo entre la defensa de la competencia y la protección de los consumidores incorporando a este último como un objetivo del régimen antitrust, aun cuando este no está implícito en las normas.

A manera de ejemplo, la Suprema Corte ha defendido el objetivo del beneficio del consumidor cuando decidió no condenar una conducta de discriminación de precios porque conllevaba una reducción en aquellos que asumían los consumidores (25).

---

(24) No pretendemos señalar que este concepto sea unívoco como objetivo en el derecho de la competencia, fundamentalmente porque los países lo pueden tener en cuenta bajo una perspectiva de corto o largo y plazo, y en veces, en los análisis concurre con otros objetivos, siendo difícil establecer el valor que se le otorga a cada uno, como lo pudo advertir la International Competition Network. Ver. Reporte Sobre Objetivos de las Conductas Unilaterales. 2007 - 11 Conferencia Anual. Ver: [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc827.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc827.pdf).

(25) En *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* 509 U.S. 209, 224 (1993). En 1980, el pe-

Lo propio ocurrió al decidir un supuesto de mantenimiento de precios de reventa (acuerdos verticales con minoristas para establecer precios mínimos de reventa) al considerar que estos pueden dar a los consumidores más opciones para elegir entre marcas de baja, alta y mediana gama (26).

Igualmente, supuestos de precios predatorios denunciados como restrictivos, han merecido en aplicación de la regla de la razón consideraciones según las cuales un esquema fallido de oferta predatoria puede ser una “bendición para los consumidores” (27).

Este reconocimiento a los objetivos de protección del consumidor en la Justicia Norteamericana, son prolíferos en las decisiones de los Jueces de Distrito, en cuyos análisis siempre se dirigen a revisar si la conducta no perjudica a los consumidores o la competitividad que se alcanza con la conducta revisada supera cualquier efecto negativo sobre los mismos.

Además de constatar esta realidad, un sector de la doctrina norteamericana viene defendiendo que se le reconozca que a los consumidores y a las pequeñas empresas, especial amparo dentro de las finalidades básicas de las

---

tionario desarrollo una línea de cigarrillos genéricos ofrecidos a un precio de lista aproximadamente un 30% más bajo que el de los cigarrillos de marca. Para 1984, los genéricos habían capturado el 4% del mercado, a expensas de los cigarrillos de marca, y Brown & Williamson ingresaron al segmento superando el precio neto de Liggett, quien respondió en especie, precipitando una guerra de precios, en la cual Brown & Williamson terminaron vendiendo sus genéricos con pérdidas.

(26) *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.* 127 S. Ct. 2705, 2713, 2716, 2718 (2007). En el caso, Leegin dejó de vender a la tienda PSKS, dada su política de negarse a vender a minoristas que descuentan sus productos por debajo de los precios sugeridos, supuesto similar al acto restrictivo por negativa a vender por retaliación a una política de precios, prevista en Colombia como acto restrictivo.

(27) *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.* 127 S. Ct. 1069, 1077, 1078 (2007). En este caso, el demandado un aserradero, fue demandado por supuestamente violar la Sherman Act, alegando que el peticionario Weyerhaeuser lo dejó fuera del negocio al elevar el precio de los troncos a un nivel que impidió que Ross-Simmons fuera rentable, pero el demandante no cumplió con el estándar de prueba establecido en *Brooke Group Ltd.*

normas de la competencia(28) y que las normas sean más cercanas a dichos objetivos(29).

### III.2. Unión Europea

No obstante que al interior de la UE resulta natural la primacía en los objetivos del régimen de defensa de la competencia orientados a la unidad del mercado europeo, se puede afirmar que actualmente otro de los objetivos básicos a los que se orientan las instituciones comunitarias es alcanzar un adecuado nivel de protección de los consumidores, como se expresa en algunos documentos oficiales(30), las propias Directivas y las decisiones del Tribunal.

Tomaremos solamente dos casos paradigmáticos decididos por la Comisión que nos permiten analizar la postura frente a la protección de los consumidores:

En el caso Microsoft, la decisión de la Comisión Europea de 16 de diciembre de 2009, COMP/C-3/39.530, hizo legalmente vinculantes los compromisos ofrecidos por Microsoft para impulsar la competencia en el mercado de los navegadores, conforme a las objeciones de la Comisión por haber vinculado su navegador Internet Explorer al sistema operativo Windows para ordenadores personales, infringiendo las normas comunitarias sobre abuso de posición dominante en el mercado (art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - TFUE). En efecto, Microsoft se comprometió a ofrecer a los usuarios europeos de Windows, la opción entre distintos navegadores y a permitir a los fabricantes de ordenadores y a los usuarios desconectar Internet Explorer y se comprometió a divulgar información relativa a la interoperabilidad.

La relación de la decisión con la protección al consumidor se expresa en la libertad de elección de los consumidores, como lo expreso la Comisaria de Competencia, Neelie Kroes al

afirmar que “Millones de consumidores europeos se beneficiarán de esta decisión al poder elegir libremente los navegadores que utilizan. Esta elección no solo servirá para facilitar el acceso de los usuarios a internet ahora, sino que será un incentivo para que las empresas de navegadores innoven y ofrezcan al público mejores navegadores en el futuro”.

En otro asunto, la fusión propuesta entre General Electric/Honeywell, COMP/M.2220, de 3 de julio de 2001, también constituye un caso paradigmático que refleja la mirada hacia los objetivos de defensa del consumidor, porque aparentemente consolidaría una posición dominante en los mercados de los motores para grandes aviones comerciales, reactores regionales y reactores corporativos, que obstaculizaría la competencia de forma significativa en el mercado común y que por consiguiente, debía declararse incompatible con arreglo al apartado 3 del art. 8 del Reglamento de concentraciones. No obstante, la Comisión sostuvo que GE no solo estaba en condiciones de actuar con total independencia de sus competidores sino de los consumidores, y dejando de lado argumentos económicos “proeficiencia”, prefirió defender los intereses de los consumidores censurando una operación de concentración, al interpretar que la misma configuraba un medio idóneo para perjudicar a los particulares en el mediano y corto plazo.

De manera más excepcional, el Tribunal Europeo revela en algunas decisiones importantes que la protección del consumidor es un objetivo que subyace igualmente a la aplicación de las normas de defensa de la competencia en el ámbito de la Unión. En el caso “National Panasonic contra la Comisión”, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980(31), planteó como función prioritaria de la normativa, nuevamente, prevenir distorsiones competitivas que menoscabasen al interés público, a las empresas, y, especialmente a los consumidores. En dicho asunto, se reconoce que la función de dichas normas es evitar que se falsee la competencia en perjuicio del interés general, de las empresas individuales y de los consumidores. Otra posición similar se sostuvo en

(28) CSERES, Katalin Judit, “What Has Competition Done for Consumers in Liberalised Markets?”, *The Competition Law Review*, 4. (2), p. 77 (2008).

(29) PIRAINO, Thomas, “Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century”, *Indiana Law Journal*, 82 (2), p. 348.

(30) COM(2001) 531 final, 2 de octubre de 2001, <http://www.europa.eu.int>, p. 10.

(31) Asunto 136/79, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0126:EN:HTML>.

el caso “Dow Chemical Iberica S.A. y otros v. la Comisión”. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de octubre de 1989, asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87, apartado 22 (32).

### III.3. Latinoamérica: Argentina y Colombia

Ya mencionamos como en el ANLDC en Argentina se advierte su vinculación con los objetivos de la normatividad sobre defensa de la competencia en una visión sistemática y complementaria orientada hacia la búsqueda de la transparencia en los mercados al consagrar el principio según el cual la política de protección al consumidor y las autoridades con competencias generales y especiales deben atender a “la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados” y “al control de los monopolios naturales y legales” (art. 29), vínculo que ya se había reconocido desde la ley 24.240 de Defensa del Consumidor al consagrar el principio de integración normativa de aquella con la ley 27.442 de Defensa de la Competencia.

Igualmente, señalamos que los estatutos de Defensa de la Competencia en Latinoamérica —como ocurre en el caso de Argentina con la ley 27.442 y en Colombia con la ley 1340 de 2011— incluyen dentro de sus objetivos el bienestar del consumidor, incorporando instrumentos concretos que deben tenerse en cuenta en las investigaciones, tales como garantizar su participación en la elección de los dignatarios de las instancias competentes y la posibilidad de intervenir directamente en aquellas.

La creación del cargo del Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores en Argentina reafirma esta vinculación al tener como objetivo la defensa de los intereses colectivos de los consumidores frente a conductas anticompetitivas, concurriendo con las funciones de la Autoridad Nacional de la Competencia, así como con las asignadas a la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo, a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (33).

(32) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987J0097:EN:HTML>.

(33) Reflexiones sobre la creación de este cargo en Argentina, Ver: ABDELNABE VILA, María Carolina, “Crea-

En Colombia, en el art. 88 de la Constitución Política, la libre competencia económica también es reconocida como un derecho colectivo de manera que su tutela puede lograrse por intervención del procurador general de la Nación o directamente por los consumidores para proteger intereses colectivos o por asociaciones de consumidores mediante las acciones de grupo.

La Corte Constitucional en Colombia en diferentes pronunciamientos incluye dentro de los objetivos de la política de competencia la protección a los consumidores al lado de la eficiencia económica (34). Al respecto por ejemplo, ha señalado:

“(…) la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes *que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores*, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, *el colectivo de los consumidores* y el interés público del Estado (35) (la cursiva me pertenece).

ción del cargo de Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores”, *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, ed. esp. Thomson Reuters - La Ley, 2018, p. 534.

(34) Ha dicho la Corte Constitucional: “(…) es obligación de los empresarios estar a la fin social y a los límites del bien común que acompañan al ejercicio de la citada libertad. “Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez *colectivo* (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, *a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo*. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades”. Corte Constitucional, sentencia C- 432 de 2010.

(35) Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-815 de 200. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

De igual forma, el Consejo de Estado como instancia de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, ha señalado:

“La libre competencia económica ha de entenderse no en un sentido absoluto o total sino atemperado o enmarcado dentro de los límites del bien común, de la prevalencia del *interés colectivo o general*, y de los principios de proporcionalidad y racionalidad” (36)

“La libre competencia económica, si bien es un derecho de todos a la luz del mismo precepto, supone responsabilidades, por lo cual la ley delimita el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, *el interés social*” (37).

En casos con marcado efecto social, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, ha puesto el acento en la protección al consumidor como objetivo de las normas de competencia, como ocurrió en el asunto de ACEMI Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, Casos de Pañales, Cuadernos y Papeles Suaves.

Por su parte, la doctrina nacional también ha reconocido esta relación sosteniendo que en el ámbito de aplicación del derecho de la competencia no solo está circunscrito al tema de prácticas restrictivas y competencia desleal, sino a su promoción con transversalidades en el derecho de protección al consumidor y en la propiedad intelectual (38).

(36) Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Bogotá, D.C., 22 de septiembre de 2005, Radicación: 66001-23-31-000-2003-00452-01(AP), Actor: Asociación de Empresas de Transporte Urbano - Asemuy otros; C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

(37) Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Bogotá, D.C., 24 de agosto de 2001, Radicación: 54001-23-31-000-2000-1749-01(AP-124), Actor: Orlando Rueda Vera; demandado: Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta y otros, C.P. Dario Quiñónez Pinilla.

(38) VÉLEZ, Luis Guillermo, *Los objetivos de las normas antimonopolísticas: planteamientos para un debate*, p. 18.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, “El Régimen General de la Libre Competencia. Características principales”, *Revista Contexto*, nro. 2, abril 1999, Universidad Externado

Un paso paradigmático que refleja aplicaciones divergentes fue el decidido a través de la resolución 4839 de 2013, por parte de la Delegatura de Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, en la cual se dispuso el cierre de una investigación por prácticas restrictivas por una publicidad de un aguardiente en la cual se comparaba su nivel de calorías con otras bebidas alcohólicas, significando que aquel era una bebida baja en calorías. En Colombia, el decreto 2153 de 1992 que tipifica las prácticas restrictivas de la libre competencia, en su art. 48 contempla como un acto contrario a la libre competencia (39) por “La violación de las normas de publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor”. Pues bien, la autoridad única de competencia sostuvo que aunque la publicidad resultaba engañosa bajo la óptica del estatuto del consumidor, para que la violación de la norma de protección de la competencia se presentara no bastaba la infracción al régimen de publicidad y el efecto sobre un consumidor individual, sino que se debía verificar la afectación efectiva del mercado. Habiendo reflexionado así, concluye que desde el punto de vista económico la publicidad no tuvo efecto en los hábitos de consumo, ni implicó un cambio en la demanda de cerveza, que quienes formularon la queja.

En este sentido, se presenta la relación entre defensa de la competencia y protección al consumidor como dos instrumentos de política económica independientes, aunque converjan en el objetivo común de mejorar la eficiencia del mercado, diferenciando el bien jurídico que cada disciplina protege: existencia de una oferta amplia de bienes y servicios en la defensa de la competencia y mejorar la capacidad de elección en la defensa del consumidor. La decisión con fundamento en la doctrina del autor argentino German Coloma, refiere que los

de Colombia, p. 8; MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, *CEDEC III*, Pontificia Universidad Javeriana, p. 183.

(39) La tipificación de actos restrictivos en Colombia es atípica, porque en otras legislaciones se subsumen en prácticas de abuso de posición dominante. Estos son actos unilaterales, para cuya configuración no se exige un sujeto calificado, pero sí que quien lo realiza tenga la posibilidad de modificar la estructura y funcionamiento del mercado.

agentes que participan en el mercado pueden afectar la competencia a través de conductas exclusorias o explotativas, las primeras afectando a los competidores y las segundas que implican incrementar el ejercicio del poder en perjuicio del bienestar general, que por lo general ocurren cuando se aumentan los precios y se trasladan recursos de los consumidores, es decir, tienen como consecuencia la extracción de los excedentes del consumidor.

#### IV. Conclusiones

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor en Argentina nos otorga una coyuntural oportunidad de referirnos a la vinculación de aquella con la defensa de la competencia, disciplina esta última en la que se constata la inclusión dentro de sus objetivos, la protección del consumidor. Lo interesante del enfoque argentino es que el ANLDC tiende el puente hacia las normas de defensa de la competencia, lo que hace más plausible la necesaria complementariedad de dos vías entre ambas disciplinas, que no se limita a una declaración de objetivos, sino que crea las condiciones institucionales para lograrlo.

A pesar de los matices y el énfasis particular que pueda tener esta aproximación según el régimen que se analice (*Estados Unidos, Unión Europea, Latinoamérica*), la defensa de la competencia viene reconociendo la inclusión de la protección al consumidor como uno de sus objetivos. Estados Unidos de Norteamérica a pesar de las discusiones entre las escuelas de Harvard y Chicago, no es ajeno a esta tendencia, como tampoco la Unión Europea, como lo hemos comprobado con el análisis legal y jurisprudencial. En efecto, la jurisprudencia estadounidense, en aplicación de las normas antitrust, ha reconocido y aplicado los intereses del consumidor. En la Unión Europea el objetivo principal de las normas de libre competencia referido a fortalecer el mercado único europeo, también se ha dirigido a proteger los intereses de los consumidores por encima de la competitividad de las empresas y la eficiencia.

En Colombia, las normas de protección de la competencia tienen tres objetivos concurrentes, pero en las decisiones de autoridades y jueces, siempre circunda con entusiasmo el obje-

tivo de lograr el bienestar de los consumidores, al lado de la eficiencia económica y la libre participación de las empresas en el mercado. Las decisiones de la Superintendencia de Industria y comercio, los fallos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, así lo reflejan.

#### V. Referencias bibliográficas

##### *Autores*

ALFONSO, M. L. (1999), "El régimen general de la libre competencia," *Revista Contexto*, nro. 2.

— (s.f.), *CEDEC III*, Pontificia Universidad Javeriana.

ARCHILA, E. (2013), *Perspectivas del derecho del Consumo*, Universidad Externado de Colombia.

BORK, R. (1966), *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*.

CHAMATROPULOS, D. A. (2018), *Los daños punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores: Análisis comparativo*, La Ley.

CNUCYD (2004), *Manual para la formulación y aplicación de leyes de competencia*.

CSERES, K. J. (s.f.), "What Has Competition Done for Consumers in Liberalised Markets?", *The Competition Law Review*.

*Derecho de la Union Europea*. (s.f.). Obtenido de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0126:EN:HTML>.

DILORRENZO, T. J. (1985), *The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective*.

F. GARRIDO FALLA, G. A. (1981), *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos.

FOX, E. (1987), *The Battle for the Soul of Antitrust*.

HOVENKAMP, H. (2001). *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique*.

International Competition Network (2007). Obtenido de [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc827.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc827.pdf).

- Jr., T. A. (2007), *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*.
- MILLON, D. (1988), *The Sherman Act and the Balance of Power*.
- NIHOUL, P. (2005), *Introducción al Derecho de la Competencia*, Universidad Externado de Colombia.
- PEÑALOSA, E. J. (2018), *¿Regla per se y regla de la razón? Interpretación de las normas de competencia*, Universidad Externado de Colombia.
- PIRAINO, T. (s.f.), "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century", *Indiana Law Journal*.
- STIGLITZ, J. (2002), "La información y el cambio de paradigma en la ciencia económica", *Revista Asturiana de Economía*.
- TURNER, D. F. (1962), *The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*.
- UNILATERALES, R. S. (2007), *internationalcompetitionnetwork*. Obtenido de [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc827.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc827.pdf).
- VÉLEZ, L. G. (s.f.). *Los objetivos de las normas antimonopolísticas: planteamientos para un debate*.
- VILA, M. C. (2018), "Creación del cargo de Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia", Thomson Reuters.
- VILAR, S. B. (s.f.). Conferencia Universidad Sergio Arboleda.
- WALLER, S. W. (s.f.), *Competition and Consumer Protection: Breaking Down the Walls*.
- Normas**
- Colombia, E. C. (15 de enero de 1996). Ley 256 de 1996. Colombia.
- Colombia, E. C. (24 de julio de 2009). Ley 1340. Colombia.
- Congreso, E. S. (1994). Constitución de la Nación Argentina. Argentina.
- Congreso, E. S. (s.f.). Ley de Defensa de la Competencia. Argentina.
- Constituyente, A. N. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Europea, U. (5 de mayo de 2008). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- Senado (2011). Estatuto del Consumidor en Colombia. Ley 1480. Colombia.
- Europea, C. (2003). European Competition and Consumer Protection Officials. Bruselas.
- Jurisprudencia**
- Asociación de Empresas de Transporte Urbano - Asemu y otros (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 22 de septiembre de 2005).
- Asociación de Empresas de Transporte Urbano - Asemu y otros, 66001-23-31-000-2003-00452-01(AP) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 22 de Septiembre de 2005).
- Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. (1993).
- Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS (2007).
- Orlando Rueda Vera Vs. Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta y otros. 54001-23-31-002000-1749-01(AP-124) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo 24 de agosto de 2001).
- Polk Bros. v. Forest City Enters (1985).
- Resolución 4839 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013).
- Resolución 4839, Aguardiente Antioqueño (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013).
- Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines (1986).
- Sentencia C-815 (Corte Constitucional de Colombia, 2000).

Sentencia (El Tribunal Constitucional en España, 11 de septiembre de 1999).

Sentencia C- 432 (Corte Constitucional, 2010).

Sentencia C-815 (Corte Constitucional, 2000).

Tribunal Constitucional de España 11 de noviembre de 1999.

Union Europea. (s.f.). Obtenido de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0126:EN:HTML>.

United States v. Aluminum Co. of America (1945).

Valley Liquors, Inc. v. Renfield Importers ( 1982).

Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co. (2007).





# DERECHO COMPARADO

.....



# Análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor a la luz del derecho europeo: conceptos, principios y régimen de responsabilidad por daños

---

JORGE MORAIS CARVALHO (\*) Y ARAYA ALICIA ESTANCONA PÉREZ (\*\*)

## I. Introducción

Desde el punto de vista del derecho europeo, la *Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos* —en adelante, *Directiva 85/374/CEE*—, será la que determine las bases sobre las que pivotaran las normas nacionales de cada Estado miembro en relación a la protección del consumidor en esta materia.

Por lo que respecta al régimen de responsabilidad civil, se presenta necesario destacar que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia del 20 noviembre de 2014, interpretó el art. 13 de la citada *Directiva 85/374/CEE* como la disposición normativa que otorga libertad a los Estados miembro para reglamentar su propio régimen de responsabilidad civil, dotando de una falta de armonización europea del régimen de responsabilidad por productos

defectuosos (1), a pesar de los esfuerzos realizados en otros ámbitos de protección del consumidor europeo (2).

Los fundamentos del Anteproyecto de la Ley de Defensa del Consumidor de 2018 nos recuerdan que la evolución del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos en el ordenamiento jurídico argentino trae causa del criterio de responsabilidad objetiva sustentado en el art. 1113 del Código Civil, introducido a través de la ley 17.711, de 22 de abril de 1968. Asimismo, la Ley de Defensa del Consumidor de 1993 introdujo expresamente la función preventiva de la responsabilidad civil y, a través de diversas reformas, fue perfilándose la responsabilidad solidaria por riesgo o vicio (ley 24.999), la indemnización por *daño directo* (ley 26.361) y la función punitiva del régimen de responsabilidad.

---

(\*) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nova de Lisboa. Investigador del CEDIS - Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Director del NOVA Consumer Lab.

(\*\*) Profesora Dra. Derecho Civil, Universidad de Cantabria. Investigadora del CEDIS - Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Miembro fundador Sección Jóvenes Civilistas de la Asociación Ivs Civile Salmanticense.

---

(1) La Directiva no ha querido imponer un único régimen de responsabilidad, dejando que ello sea determinado a través de las normas nacionales. PARRA LUCÁN, M. A., “La compatibilidad de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos y los regímenes de responsabilidad especiales ‘existentes’ en el momento de su notificación”, en *Centro de Estudios de Consumo*, nro. 13, 2015, p. 140.

(2) VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “El consumidor ante el predisponente en la contratación seriada. Aproximación desde el Derecho europeo y español”, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Jorge Tomillo Urbina (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, ps. 649-650.

No queremos pasar por alto que el Anteproyecto argentino reserva la reglamentación sobre “Daños al consumidor” para aquellos daños producidos por productos y servicios defectuosos, eliminándose un tratamiento específico para los servicios de transporte (3). Esta exclusión, por estimar *que no se justifica en el marco de las relaciones de consumo*, resulta cuestionable desde el prisma europeo.

La reglamentación europea reserva específicamente el Reglamento (UE) nro. 181/2011, de 16 de febrero, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar para establecer las bases sobre las que pivotarán las legislaciones nacionales sobre responsabilidad civil en materia de transporte de pasajeros. No obstante, esto no se traduce en un desarrollo normativo específico en todas las legislaciones nacionales. Tenemos como ejemplo lo ocurrido en el ordenamiento jurídico español en el que, ante la carencia de una regulación específica, es de aplicación la regla general de responsabilidad civil contenida en el art. 1902 del Cód. Civil y su desarrollo jurisprudencial, que ha abogado por el desarrollo de un régimen de responsabilidad objetivada, no siempre homogéneo. Como ya se observó anteriormente (4), la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva contenida en el Texto Refundido Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en adelante TRLGDCU) podría ser una solución a los inconvenientes derivados de dejar en manos de los tribunales la consideración de un régimen de responsabilidad u otro. Por ello, creemos que el legislador argentino ha podido desaprovechar la oportunidad de dotar de una reglamentación homogénea a la protección del pasajero de servicios de transporte como consumidor-usuario.

Sobre la base de esta aproximación al derecho europeo del régimen de responsabilidad por productos defectuosos, desarrollaremos el aná-

lisis del articulado del reciente Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentina.

## II. Conceptos de consumidor y de proveedor

La función principal de los conceptos de consumidor y proveedor es delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de los diversos sistemas jurídicos (5), cuestión que tiene un carácter mucho más político que técnico (6).

Dado que no existe un concepto único, ni a nivel nacional ni internacional, es necesario comprender en cada caso el ámbito subjetivo de aplicación de la ley en cuestión.

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentina define consumidor como “la persona humana o jurídica que adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” y proveedor como “la persona humana o jurídica, de naturaleza pública o privada, que actúa de modo profesional, aun ocasionalmente, desarrollando actividades de producción, prestación de servicios, montaje, creación material o intelectual, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución, comercialización o transporte, destinadas a consumidores o usuarios”.

En el derecho europeo podemos encontrar diferentes definiciones de consumidor, pero las diferencias entre ellas no son muy significativas. Siguiendo la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, consumidor es “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión” y comerciante “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus ins-

(3) La mención particular del transportista, se reconoce en los arts. 40 y 63 —para el transporte aéreo— de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor de 13 de octubre de 1993.

(4) ESTANCONA PÉREZ, A. A., *El transporte terrestre de pasajeros: contratación, responsabilidad y seguro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, ps. 99 y ss.

(5) TENREIRO, Mário, “Un Code de la Consommation ou un Code Autour du Consommateur?”, in *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order - Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung - Liber Amicorum Norbert Reich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, ps. 339-356.

(6) MORAIS CARVALHO, J., *Manual de Direito do Consumo*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 25.

trucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva”.

Agrupando los dos conceptos, la definición de consumidor puede ser analizada con referencia a cuatro elementos: elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico y elemento relacional(7).

En cuanto al elemento subjetivo, se puede concluir que hay una diferencia significativa entre el Anteproyecto y el derecho europeo. Mientras que en el derecho europeo solo la persona humana puede ser calificada de consumidor, en el Anteproyecto se prevé que también las personas jurídicas pueden ser consumidoras. La cuestión es muy debatida en algunos países europeos (8), pero no hay duda de que las directivas europeas consideran al consumidor como una persona física.

El elemento objetivo tiene un alcance significativo en el Anteproyecto (“adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios”), que parece abarcar cualquier relación contractual establecida entre las partes. En el derecho europeo, la fragmentación legislativa tiene como consecuencia que en cada norma el elemento objetivo sea diverso. En normas más generales, como la citada Directiva 2011/83/UE, el ámbito de aplicación parece restringirse a contratos de venta y de prestación de servicios, pero se impone una interpretación extensiva, cubriendo otros contratos.

Sin embargo, hay una diferencia significativa. La legislación europea en materia de consumo solo se aplica a contratos onerosos, mientras que el Anteproyecto apunta a una aplicación a los contratos gratuitos.

(7) FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 29.

(8) *Vid.* ley española 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que introduce la siguiente definición complementaria de consumidor como *las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*

A este respecto, conviene hacer referencia a la cuestión del suministro de datos personales como contrapartida en los contratos celebrados con consumidores. Para responder a esta pregunta, el considerando 18 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, presentada en octubre de 2011, ya indicaba que “a menudo, los contenidos digitales no se suministran a cambio de un precio sino en combinación con bienes o servicios pagados por separado, lo que implica consideraciones no pecuniarias como, por ejemplo, el acceso a datos personales o el acceso gratuito en el contexto de una estrategia de marketing basada en la expectativa de que el consumidor adquirirá posteriormente contenidos digitales adicionales o más sofisticados. Habida cuenta de esta estructura de mercado específica y del hecho de que los defectos de los contenidos digitales suministrados pueden ir en contra de los intereses económicos de los consumidores, independientemente de las condiciones en las que se suministraron, la aplicabilidad de la normativa común de compraventa europea no debe depender de si se paga un precio o no por el contenido digital en cuestión”. En la misma línea, el art. 3-1 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, de 9 de diciembre de 2015, estipula que “la presente Directiva se aplicará a cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministra contenidos digitales al consumidor o se compromete a hacerlo y, a cambio, se paga un precio *o el consumidor facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos*” (itálico nuestro). La calificación de los datos como contrapartida en la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales ha suscitado un gran debate y se pueden identificar tres críticas principales: (i) la compatibilidad de este régimen con el Reglamento General de Protección de Datos; (ii) la circunstancia de que puede verse afectada la naturaleza de derecho fundamental de la protección de datos; (iii) la legitimidad de un modelo de negocio (un mercado de datos personales) hostil a los principios de protección

de datos (9). Aunque entendamos estas críticas, creemos que el objetivo de lograr un mejor equilibrio en las relaciones con los consumidores requiere la aplicación de normas de protección del consumidor independientemente de que se pague o no un precio (10).

En cuanto al elemento teleológico, existe una diferencia muy significativa entre los dos objetos de comparación. Mientras que la legislación europea establece el criterio de finalidad no profesional (“actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión” – Directiva 2011/83/UE), el Anteproyecto utiliza el concepto más amplio de “destinatario final” (11), siguiendo la tradición del derecho del consumo en Argentina (12). Este concepto es utilizado en algunos otros derechos, como el angolano (13) o brasileño (14). En su interpretación, podemos encontrar dos corrientes principales en la doctrina y en la jurisprudencia (15): la doctrina finalista (interpretación

restringida del concepto, no pudiendo el objeto tener un uso profesional) (16), más próxima del derecho europeo (17), y la doctrina maximalista (interpretación amplia del concepto, pudiendo causar la retirada del bien del circuito de producción) (18).

(9) Para un análisis (crítico) de estos tres problemas y del debate suscitado en el proceso legislativo europeo, véase DRECHSLER, L., “Data as Counter-Performance: A New Way Forward or a Step Back for the Fundamental Right of Data Protection? - A Data Protection Analysis of the Proposed Directive on Certain Aspects for the Supply of Digital Content”, 2018 - [https://cris.vub.be/files/36462976/IRIS2017\\_DRAFT\\_Drechler\\_V3.pdf](https://cris.vub.be/files/36462976/IRIS2017_DRAFT_Drechler_V3.pdf). En general, sobre la relación entre el derecho contractual y el derecho de protección de datos, v. DE FRANCESCHI, A., *La Circolazione dei Dati Personali tra Privacy e Contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

(10) NARCISO, M., “‘Gratuitous’ Digital Content Contracts in EU Consumer Law”, in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, nro. 5, 2017, ps. 198-206.

(11) DE ALMEIDA SOUZA, M., *A Política Legislativa do Consumidor no Direito Comparado*, 2ª edición, Nova Alvorada Edições, Belo Horizonte, 1996, p. 49.

(12) Art. 1º de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor.

(13) Art. 3º-I de la Lei 15/03, de 22 de julho.

(14) Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor.

(15) LIMA MARQUES, C., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5ª edición, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, ps. 302 a 393; CAVALIERI FILHO, S., *Programa de Direito do Consumidor*, 4ª edición, Atlas, São Paulo, 2014, ps. 66 a 73; MORAES OLIVEIRA, J., *Curso: Direito do Consumidor Completo*, D’Plácido Editora, Belo Horizonte, 2014, ps. 95 a 106; HEINECK SCHMITT, C., *Consumidores Hipervulneráveis - A Proteção do Idoso no Mercado de Consumo*, Atlas, São Paulo, 2014, ps. 166 a 202.

(16) Derecho angolano: DE FREITAS RODRIGUES, R.C., *O Consumidor no Direito Angolano*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 62. Derecho argentino: RINESSI, A. J., *Relación de Consumo y Derechos del Consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 50; D. RUSCONI, D., “Nociones Fundamentales”, en *Manual de Derecho del Consumidor*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, ps. 115-186, p. 156; ARIZA, A., “Contratación Inmobiliaria y Defensa del Consumidor”, en *La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 39-55, p. 43, n. 6; GHERSI, C. A. - WEINGARTEN, C., *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 52; BAROCELLI, Sebastián - VLADIMIR PACEVICIUS, I., “El Ámbito de Aplicación del Derecho del Consumidor ante el Nuevo Código Civil y Comercial”, en *Impactos del Nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y Perspectivas a la Luz de sus Principios*, Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, ps. 60-89, p. 69. Derecho brasileño: LIMA MARQUES, C., HERMAN BENJAMIN, A., y MIRAGEM, B., *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 74; EDSON FACHIN, L., “Novo Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor: Um Approach de Suas Relações Jurídicas”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nro. 7, 2005, ps. 111-135, p. 118; PETRINI BELMONTE, C., *A Redução do Negócio Jurídico e a Proteção dos Consumidores - Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 104; PINHEIRO MARÇAL, S., “Definição Jurídica de Consumidor”, en *Revista do Advogado*, año XXVI, nro. 89 - 15 Anos de Vigência do Código de Defesa do Consumidor, 2006, ps. 107-113, p. 111; BRITO FILOMENO, J. G., *Manual de Direitos do Consumidor*, 14ª edición, Atlas, São Paulo, 2016, p. 25. MIRAGEM, B., *Curso de Direito do Consumidor*, 5ª edición, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 59, se refiere a una evolución de la doctrina finalista —el finalismo profundizado— teniendo en cuenta el concepto de consumidor por asimilación, en casos de vulnerabilidad reconocida.

(17) ROQUE A. KHOURI, P. R., *Direito do Consumidor - Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*, 6ª edición, Atlas, São Paulo, 2013, p. 38.

(18) OSCAR ROSSI, J., “Derecho del Consumidor: Ámbito de Aplicación, Documento de Venta y Garantía Legal, a la Luz de la Reforma de la Ley 26.361”, en *La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, ps. 19-37, p. 23; MACHADO DE FREITAS, T., “A Extensão do Conceito de Consumidor em Face dos Diferentes Sistemas de Proteção Adotados por Brasil e Portugal”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nro. 5, 2003, ps. 391-421, p. 405;

En Europa, el elemento teleológico excluye del concepto a toda persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de una actividad profesional, independientemente de que tenga o no conocimientos específicos en relación con la empresa de que se trate.

Se incluyen también las personas físicas que, aunque tengan un conocimiento específico, actúen fuera del ámbito de una actividad profesional. Por ejemplo, un zapatero que va a una zapatería a comprar zapatos para uso diario es un consumidor en esa relación con la zapatería. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) apunta claramente en esta dirección (19).

Los conocimientos jurídicos derivados, en particular, del ejercicio de las profesiones de abogado tampoco impiden la cualificación como consumidor (20).

En algunos ámbitos, las empresas, y en particular las microempresas (21), han recibido el mismo trato que los consumidores a efectos de protección. Sin embargo, estas personas no están calificadas como consumidores por el derecho europeo.

El elemento relacional puede ser encontrado en el concepto de proveedor.

Contrariamente a lo que prevé el Anteproyecto, el hecho de que la actividad consista en el ejercicio de una profesión liberal es irrelevante para la aplicación del derecho del consumo europeo (22).

La identificación de la contraparte puede no ser siempre fácil, especialmente en los acuer-

---

TENREIRO, M., "Un Code de la Consommation ou un Code Autour du Consommateur?", cit., p. 346.

(19) Sentencias del TJUE, de 3/9/2015 (C-110/14, *Costea*), y de 25/1/2018 (C-498/16, *Schrems*).

(20) Sentencia del TJUE, de 3/9/2015 (C-110/14, *Costea*).

(21) DE CRISTOFARO, G., "Unfair Business-to-Microenterprise Commercial Practices: The Italian Solution in the European Context - The Extended Scope of Application of UCP Directive's Implementing Provisions", in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, nros. 1-2, 2015, ps. 20-29, p. 23.

(22) Sentencia del TJUE, de 15/1/2015 (C-537/13, *Šiba*).

dos de compra colectiva o en la llamada economía colaborativa (o de plataformas), que se extiende a sectores de actividad muy diversos, en los que el contrato se celebra en una aplicación y a menudo no está claro con quién se contrata. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, llamado a pronunciarse sobre esta cuestión, ha definido una serie de criterios que pueden utilizarse para decidir sobre un caso concreto, si bien ha observado que estos criterios no son exhaustivos ni exclusivos: i) si la venta en la plataforma en línea se llevó a cabo de forma organizada; ii) si la venta fue con ánimo de lucro; iii) si el vendedor dispone de información y conocimientos técnicos sobre los productos que se propone vender y que el consumidor no tiene necesariamente, de modo que se sitúe en una posición más ventajosa frente a él; iv) si el vendedor tiene un estatuto jurídico que le permita realizar actos comerciales y en qué medida la venta en línea está vinculada a la actividad comercial o profesional del vendedor; v) si el vendedor está sujeto al IVA; vi) si el vendedor, actuando en nombre o por cuenta de un determinado comerciante o a través de otra persona que actúe en su nombre o por cuenta de éste, ha recibido una remuneración o una participación en los beneficios; vii) si el vendedor compra bienes nuevos o usados para su reventa, con lo que la actividad es regular, frecuente o simultánea en relación con su actividad empresarial o profesional; viii) si todos los bienes en venta son del mismo tipo o valor, incluido el hecho de que la oferta se concentre en un número limitado de bienes (23). El cumplimiento de uno o más de los criterios puede bastar para concluir que estamos ante una relación de consumo, pero el cumplimiento de uno o más criterios no conduce necesariamente a tal conclusión. No obstante, debe concluirse que algunos criterios, como la compra para la reventa, apuntan más claramente hacia el ejercicio de una actividad profesional con este fin. Este problema se tiene en cuenta en las propuestas contenidas en el *New Deal para los consumidores*, pero es claramente insuficiente. En primer lugar, no existen criterios para determinar en qué casos una per-

---

(23) Sentencia del TJUE, de 4/10/2018 (C-107/17, *Kamenova*).

sona debe ser calificada como profesional<sup>(24)</sup>. Por otra parte, se propone que la propia parte contratante indique a la plataforma si se trata o no de un profesional, lo cual es problemático, y que la plataforma esté casi totalmente libre de responsabilidad por la veracidad de la información proporcionada.

El concepto más amplio de proveedor previsto en el Anteproyecto puede solucionar este problema, considerándose la plataforma como proveedor incluso en el contrato celebrado entre las otras dos partes del triángulo.

Otra diferencia relevante en los conceptos de consumidor en el Anteproyecto y en el derecho europeo es la equiparación hecha en aquel de “quien, sin ser parte de una relación de consumo originaria, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. El derecho europeo no protege, en general, la persona que no es parte de la relación de consumo originaria. Sin embargo, hay algunas excepciones. Por ejemplo, la Directiva 85/374/CEE protege a cualquier perjudicado por daños causados por los defectos de los productos, sea o no un consumidor o el propietario del producto defectuoso.

### III. Principios

El art. 5 del Anteproyecto enumera los principios fundamentales del sistema argentino de protección del consumidor. En esta sección se analizan brevemente tres de estos principios: vulnerabilidad estructural e hipervulnerabilidad; no regresión; orden público de protección.

#### III.1. Vulnerabilidad estructural e hipervulnerabilidad

Varios autores defienden la autonomía del derecho de los consumidores, justificándola sobre la base de que sus normas tienen por objeto proteger a la parte más débil (el consumidor), en paralelo con otras ramas del derecho, como el derecho laboral.

(24) TWIGG-FLESNER, C., “Bad Hand? The ‘New Deal’ for EU Consumers”, in *GPR - Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, vol. 15, nro. 4, 2018, pp. 166-175, p. 172.

Contrariamente a lo que ocurre en el derecho europeo, el derecho argentino, en línea con sus homólogos latinoamericanos, reconoce expresamente en la ley la vulnerabilidad del consumidor y ese es el punto de partida para la regulación de la materia.

El art. 5 del Anteproyecto empieza precisamente estableciendo que “se reconoce la vulnerabilidad estructural del consumidor”.

Además de Argentina, este aspecto es especialmente visible en Brasil, con referencia a un principio de vulnerabilidad, expresamente consagrado en el art. 4 del Código de Protección al Consumidor, que rige toda la legislación sobre consumo (25).

En la Unión Europea, si bien se garantiza un alto nivel de protección de los consumidores (art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), este objetivo va siempre acompañado de la protección del mercado. En el considerando (4) de la Directiva 2011/83/UE, como en muchas otras directivas, se prevé que la armonización del derecho europeo “es necesaria para promover un auténtico mercado interior para los consumidores, estableciendo el equilibrio adecuado entre un elevado nivel de protección de estos y la competitividad de las empresas”.

No obstante, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales, establece que deben ser especialmente protegidos los consumidores “especialmente vulnerables”, lo que parece remitir aunque indirectamente para que los demás consumidores sean vulnerables. Sin embargo, no puede decirse que corresponda a la orientación de la legislación europea. Precisamente, la Directiva 2005/29/CE es una de las más problemáticas en materia de protección de los consumidores, dada su vulnerabilidad. Se trata de una directiva de máxima armonización, que ha condu-

(25) MORAES OLIVEIRA, J., *Curso: Direito do Consumidor Completo*, cit., p. 58; DE MEDEIROS GARCIA, L., *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, 13ª edição, Juspodivm, Salvador, 2017, p. 57. CATALAN, M., *O Direito do Consumidor em Movimento*, UnilaSalle Editora, Canoas, 2017, p. 98, destaca su fuerza normativa.



cido a una reducción del nivel de protección de los consumidores en algunos países europeos.

En el Anteproyecto se hace entonces una distinción entre consumidores, recurriendo al concepto de hipervulnerabilidad: “el sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad, entre otras”.

Como ya dijimos, también en el derecho europeo se prevé una protección especial para determinado colectivo más vulnerable. El art. 5-3 de la Directiva 2005/29/CE establece que “las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo”.

En términos generales, una práctica comercial se considera desleal si se cumplen los cuatro requisitos siguientes: práctica comercial que no se ajusta a la diligencia profesional; práctica comercial que distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor. Por lo que respecta a este último requisito, es necesario definir el público destinatario del mensaje midiendo el carácter desleal de la práctica frente al miembro medio de ese grupo, a menos que dicho grupo esté compuesto en su totalidad por consumidores especialmente vulnerables, en cuyo caso se refuerza la protección y siempre se considera que la práctica es desleal.

Sin embargo, a diferencia de la legislación argentina, no existe un principio general de protección de los consumidores hipervulnerables en la legislación europea.

### III.2. No regresión

En el art. 5-1 se establece que el Estado debe adoptar medidas relativas a los derechos de los consumidores “sin retroceder en los estándares de tutela alcanzados”. O sea, el nivel de protección del consumidor no puede disminuir.

Este principio no está previsto en el derecho de la Unión Europea. Además de una clara “falta de aplicación práctica” (26) de las normas de derecho de los consumidores, el nivel de protección de los consumidores se ha estancado o incluso ha disminuido en los últimos años (27).

A nivel europeo, la tendencia hacia directivas de armonización máxima es un buen ejemplo de que la protección del mercado prevalece actualmente sobre la protección de los consumidores (28). Por ejemplo, al transponer la Directiva 2011/83/UE, Austria tuvo que derogar una norma que establecía que el plazo para ejercer el derecho de arrepentimiento sólo se contaba a partir del momento en que el consumidor recibía la primera factura (29).

Esto no impide que se apunte hacia un alto nivel de protección de los consumidores. En efecto, el art. 169 dispone que “para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguar-

(26) PAISANT, G., *Défense et Illustration du Droit de la Consommation*, LexisNexis, Paris, 2015, p. 257.

(27) MORAIS CARVALHO, J., *Manual de Direito do Consumo*, cit., p. 47.

(28) V. MORAIS CARVALHO, J., “La Protección de los Consumidores en la Unión Europea: ¿Mito o Realidad?”, in *Criterio Jurídico - Revista de la Pontificia Universidad Javeriana Cali*, vol. 6, 2006, ps. 243-266.

(29) LOOS, M., “Implementation of CRD (Almost) Completed, Harmonisation Achieved?”, in *euwr - Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht - Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 3, nro. 4, 2014, ps. 213-214, p. 214. PAISANT, G., *Défense et Illustration du Droit de la Consommation*, cit., ps. 93 e 94, menciona otros ejemplos de normas de directivas de armonización máxima que son menos favorables para el consumidor que el sistema nacional anterior, en particular con referencia a la legislación francesa.

dar sus intereses” (art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

### III.3. Orden público de protección

En los términos del Anteproyecto, “el sistema de protección del consumidor es de orden público”, por lo que “no es válida la renuncia anticipada de los derechos del consumidor, cualquiera sea su modalidad” (art. 5-2).

Este principio también se deriva de la legislación europea. Todas las directivas de derecho de los consumidores contienen normas a tal efecto. Por ejemplo, la Directiva 2011/83/UE prescribe que “si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva. Toda disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva no vinculará al consumidor” (art. 25).

A este respecto, cabe señalar que los instrumentos jurídicos que regulan los contratos celebrados con consumidores tienen por objeto normalmente la protección exclusiva de una de las partes del contrato, el consumidor, mediante la imposición, a través del régimen jurídico establecido, de un equilibrio general y predeterminado de intereses.

La identificación precisa de los intereses protegidos, resultante necesariamente de la interpretación de la norma jurídica en cuestión, es esencial para comprender el alcance de su contenido obligatorio.

La interpretación de la norma permite a la persona que aplica el derecho definir, a través de los intereses protegidos, inicialmente el alcance de la supletoriedad e imperatividad de su contenido. Si los intereses protegidos indican que el contenido de la norma es obligatorio, también es necesario que la persona que aplica la ley, en una etapa posterior, verifique si esos intereses están salvaguardados de otra manera o si son compensados por otros intereses más relevantes para la relación jurídica específica (30).

(30) MORAIS CARVALHO, J., *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 639.

### IV. Conceptos de producto y de servicio

En caso de daños causados por productos y servicios defectuosos, se aplicarán los artículos 108 y siguientes del Anteproyecto. En la Unión Europea, la Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, regula la responsabilidad del productor por los daños que no afecten a la propia cosa defectuosa. Es uno de los primeros diplomas europeos de derecho privado. Se trata de una directiva de armonización máxima, cuyo objetivo principal parece ser limitar los casos de responsabilidad objetiva por parte de los productores. Tenemos aquí una similitud en relación con el ámbito del régimen del Anteproyecto (véase el art. 108). Sin embargo, la legislación europea no prevé la responsabilidad por servicios defectuosos, que es una cuestión regulada libremente por los Estados miembros.

A los fines del Anteproyecto, se considera producto “toda cosa mueble, aunque se encuentre unida o incorporada a un bien inmueble. Quedan comprendidos el agua, el gas, la electricidad, y los bienes derivados del cuerpo humano” (art. 109). En la Directiva 85/374/CEE, producto es “cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble. Se entiende por «materias primas agrícolas» los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, exceptuando aquellos productos que hayan sufrido una transformación inicial. Por «producto» se entiende también la electricidad”. Las diferencias entre los dos no son muy significativas.

Se considera servicio “cualquier actividad suministrada por un proveedor, cualquiera sea su objeto”. Se trata de una definición muy amplia. En otro contexto, el art. 4-1 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también define servicio con gran amplitud como “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración”. Es interesante observar que, en la de-

finición del Anteproyecto, no es necesario, para calificar una actividad como un servicio, que se desarrolle a cambio de una remuneración.

En el derecho europeo, se considera defectuoso un producto que “no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias”, y, entre otros aspectos, “la presentación del producto”, “el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto” y “el momento en que el producto se puso en circulación”. El hecho de que “se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado” no es suficiente para considerar un producto defectuoso (art. 6 de la Directiva 85/374/CEE)(31).

Esta definición de producto defectuoso corresponde casi integralmente al concepto del art. 110 del Anteproyecto. Se añaden dos referencias que no están expresamente previstas en la normativa europea (la información proporcionada y la seguridad presentada por los demás ejemplares de la misma serie (32)). Estos elementos son, sin embargo, igualmente relevantes para calificar un producto como defectuoso en el derecho europeo.

A falta de un sistema armonizado de responsabilidad por servicios defectuosos, este concepto no está incluido en la legislación europea.

Pasemos ahora a un análisis del régimen de responsabilidad.

---

(31) Sobre tipos de defectos de productos: defectos de fabricación, de diseño y en las instrucciones sobre su utilización o en los advertencias sobre sus riesgos —sentencia del TJUE, de 20/11/2014 (C-310/13, *Novo Nordisk Pharma*)—, vid. CODERCH, P. S. - PIÑEIRO, J. - RUBÍ, A., “Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho (*Law enforcement*)” en *ADPCP*, vol. LV, 2002, ps. 53-59.

(32) En la sentencia del TJUE, de 5/3/2015 (C-503/13 y C-504/13), se concluye que “que la comprobación de un posible defecto de productos pertenecientes al mismo modelo o a la misma serie de producción, como los marcapasos y los desfibriladores automáticos implantables, permite calificar de defectuoso tal producto sin que sea necesario comprobar el referido defecto en ese producto”. Contrariamente al Anteproyecto, según la legislación europea, la pertenencia a la misma serie o modelo que un producto defectuoso no requiere la prueba del defecto del producto.

## V. Funciones atribuibles al régimen de responsabilidad por daños al consumidor

A luz del Derecho europeo y, en particular, de la Directiva 85/374/CEE, pueden ser destacadas varias cuestiones relativas a las funciones preventiva y resarcitoria de la responsabilidad civil por productos defectuosos. Esta referencia trae causa de la expresa mención que los Fundamentos del Anteproyecto de la Ley argentina realiza, trayendo a colación explícita las funciones preventiva, resarcitoria y punitiva.

### V.1. Prevención y resarcimiento del daño como funciones clave en el Derecho europeo

La Directiva 85/374/CEE determina expresamente la clara función resarcitoria del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos en la Unión Europea. Así, son dos las menciones realizadas por esta en su Preámbulo: *reparación íntegra* —y no más allá— del daño causado y el *derecho al resarcimiento* del perjudicado.

Y es que, la definitiva división del sistema de responsabilidad civil en el Derecho europeo ha permitido desarrollar la defensa de la *función reparadora como eje central del sistema*. Su protagonismo no ha evitado, sin embargo, que hayan sido expuestas posturas doctrinales que abogan por la *multifuncionalidad* del derecho de daños(33) —en concreto, respecto a una pretendida función preventivo-punitiva—, siendo algunos autores los defienden la exclusividad de la función reparadora(34).

---

(33) DíEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, ps. 43-44, aboga por una ‘función demarcatoria’; PANTALEÓN F., “Comentario al artículo 1902 Cc”, en *Comentarios al Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1971, por una ‘función satisfactoria’ y GÓMEZ Y CASALS por una función ‘distributiva de estimación económica’.

(34) Destaca LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la “aestimatio rei” y el “id quod interest”*, Trivium, Madrid, 1999, ps. 85-87, reiterado en LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, en *La responsabilidad Civil y su problemática actual*, J.A. Moreno Martínez (dir.), Dykinson, Madrid, 2007, p. 452. Sin llegar a ser tan tajante como el anterior, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1991, p. 60.

De este modo, el preponderante fin resarcitorio de la acción de responsabilidad civil —encomendado a la búsqueda de un reequilibrio patrimonial a través de la obligada entrega de una cuantía pecuniaria equivalente—, no evita que la indemnización pueda ser reconocida a modo de *sanción* impuesta a quien incumple una norma (35). A pesar del peligro que entraña la configuración del sistema de responsabilidad civil como un sistema punitivo y sin que este carácter sea *conditio sine qua non* (36), lo cierto es que el carácter sancionador de la indemnización permitiría el desarrollo de una *función preventiva* al que todo ordenamiento jurídico habría de atender (37).

En definitiva, la descripción general del funcionamiento del sistema de responsabilidad civil europeo debe pivotar sobre la *función reparadora o resarcitoria* que se presenta como característica principal del mismo. De este modo lograremos limitar la descripción del sistema de responsabilidad civil *exclusivamente como un sistema preventivo-punitivo de conductas ilícitas*, como ocurre con otras ramas del Derecho —vid. Derecho Penal o Administrativo sancionador— (38) cuya estimación pasará a ser, en todo caso, residual.

(35) Con la reparación del daño causado se puede entender que son cumplidas dos funciones: la de restituir el patrimonio dañado (dejando al margen los daños morales) y la de sancionar a quien viola una norma. Firme defensor de esta teoría, DE CUPIS, A., *El Daño*, trad. Martínez Sarrión, A., Bosch, Barcelona, 1975, ps. 580-581.

(36) Aunque todo sistema punitivo tiene por objeto la prevención, esta podría llevarse a cabo sin la necesidad de un castigo, *vid.* SALVADOR CODERCH, P. - CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p 11, con un incentivo que refuerce a quien lleve a cabo una conducta conforme al ordenamiento jurídico.

(37) Resulta evidente que, desde el punto de vista de la víctima, lo ideal es que el papel preventivo del sistema tenga la mayor repercusión posible ya que ninguna ventaja obtiene de la indemnización a la que tendrá derecho si lo valoramos comparativamente con la situación en la que se encontraba con carácter previo a la causación del daño. DE CUPIS, A., *El Daño*, cit., p. 575.

(38) Los sistemas predominantemente punitivos, como son los relacionados, requieren de instrumentos sancionatorios *adecuados a la gravedad y lesividad potencial o actual de las conductas que pretende prevenir y*

Desde el punto de vista de la necesaria “reparación integral” del daño, la indemnización por daño moral —analizada en el epígrafe siguiente— ha sido reconocida en el apartado segundo del art. 7.4.2 de los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales de 20101239 (39), el art. 9:501 (2) (a) Principios de Derecho Europeo de Contratos —en adelante, PECL— (40), el art. 164 del Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos (41) y el art. 3:701 (3) *Draft Common Frame of Reference* —en adelante, DCFR— (42).

## V.2. Sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor

Como veníamos afirmando, la principal diferencia reconocida en el Anteproyecto argen-

*no a la entidad de los daños que efectivamente se causen.* PEÑA LOPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, ps. 200-201.

(39) El apartado segundo del art. 7.4.2 cita expresamente que “Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional”. En este sentido, la reparación del daño moral puede asumir diferentes formas y corresponde a los tribunales resolver cuál de ellas, ya sea sola o acompañada de la reparación del daño material, garantiza mejor los efectos de la reparación integral. En *Comentarios a los Principios UNIDROIT*, 1ª ed., La Ley, 2012.

(40) Art. 9:501: Derecho a la indemnización de daños y perjuicios. “(1) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción del artículo 8:108. (2) Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias”.

(41) Art. 164: daño moral resarcible. “1. El daño moral es resarcible: a) en caso de grave perturbación psíquica de los sentimientos de afección, provocado por lesiones físicas o por atentados al patrimonio moral, incluso de una persona jurídica, o a la memoria de un cónyuge difunto; b) en caso de padecimientos físicos que condicionan sufrimientos corporales, aunque no se acompañen de alteraciones patológicas, orgánicas o funcionales; c) en los daños a la salud y en los demás casos indicados por las disposiciones aplicables. 2. El daño moral indirecto sólo es reparable si lo padecen los próximos o el cónyuge de la víctima”.

(42) Art. 3:701 (3) DCFR: “Por ‘pérdidas’ se incluyen daños patrimoniales y no-patrimoniales. ‘Pérdidas Patrimoniales’ incluyen pérdidas de ganancias o beneficios, incurrir en cargas o reducción del valor de propiedad. ‘Pérdidas No-Patrimoniales’ incluye el dolor y sufrimiento o el deterioro en la calidad de vida”.

tino en relación con el Derecho europeo, es el reconocimiento de los daños punitivos como una de las funciones del derecho de daños en materia de consumo. Ni las normas comunitarias ni las legislaciones nacionales de los Estados miembro europeos han permitido atribuir una función punitiva a las sanciones establecidas en los tribunales civiles (43) (44). Entre ellos destaca Pantaleón que defiende la exclusión de la función preventivo-punitiva de la responsabilidad civil sobre la base de las siguientes razones: “a) no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño; b) es transmisible *mortis causa* a los herederos del responsable; c) es asegurable; d) incluso cuando se solicita dentro del proceso penal, está sujeta al principio de rogación o instancia de parte; y e) no existe para ella un principio de retroactividad de la ley más favorable al responsable, ni es materia reservada a LO” (45).

Por lo demás, existen posturas favorables a la estimación de una función punitiva en las indemnizaciones por *daños morales* causados. Desde el punto de vista contractual, la jurisprudencia española ha condenado a indemnizaciones por daño moral en una gran variedad de situaciones (46), sin parecer haber adoptado un

(43) En los ordenamientos europeos, esta función punitiva, camuflada bajo las funciones de “política social”, queda reservada a los tribunales del orden penal y administrativo. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Daños punitivos: aspectos de derecho internacional privado europeo y español”, en *Derecho de daños*, Mariano José Herrador Guardia (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 391.

(44) No parece que la preventiva parezca la función principal en las que estaba pensando el legislador al incluir su regulación en los códigos civiles y penales. ACCIARRI, H. - IRIGOYEN TESTA, M., “Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición”, en *El daño moral y su cuantificación*, F. Gómez Pomer, y I. Marín García (dir.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 234.

(45) Excluye sin paliativos la finalidad preventivo-punitiva de la responsabilidad extracontractual, reconociendo la *función de satisfacción* para la víctima del sistema. PANTALEÓN F., “Comentario al artículo 1902 Cc”, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, t. II, p. 1971.

(46) Teniendo en cuenta una concepción *subjetivo-consecuencialista* del daño moral, el TS estima necesaria la valoración de las consecuencias no patrimoniales que se representan por el *impacto o sufrimiento*

motivo o razón común que nos permita determinar cuál es el parámetro a seguir para estimar su concurrencia (47). En este sentido, el papel del daño moral parece concretarse en cuatro funciones (48): en primer lugar, se pretende *evitar la infracompensación absoluta del daño*, que abriría paso al peligroso campo del futuro incumplimiento de los acuerdos contractuales; en segundo lugar, cumple la función de cumplir con el resarcimiento cuando no haya sido constatado daño alguno consecuencia del incumplimiento –función cumplida por los *daños nominales*–; en tercer lugar, la indemnización por daño moral es otorgada en aquellos casos en los que la *dificultad en orden a determinar si el incumplimiento contractual se presenta como causa directa del daño* es máxima; y, en cuarto lugar, se estima que los daños morales contractuales cumplen con una *función punitiva* del derecho de daños (49).

Es destacable que el legislador argentino, tras haber descartado la introducción de las sanciones punitivas —denominadas *sanción pecunia-*

*psíquico o espiritual* producidos en cada persona. Por el contrario, el juzgador que únicamente estima el daño moral cuando se ha atentado contra bienes de la personalidad, estará siguiendo una concepción *objetivo-típica* del daño moral. MARÍN GARCÍA, I. - MILÁ RAFEL, R., “Daño moral contractual”, en *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Barcelona, 2015, ps. 252-253.

(47) Para un largo elenco de daños morales contractuales estimados por la jurisprudencia en una gran variedad de supuestos, *vid.* CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, ps. 1232-1234.

(48) CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 1235.

(49) Parece evidente que las indemnizaciones por daños morales son caracterizadas por una función punitiva preponderante en las intromisiones al honor o a la intimidad. No obstante, ese carácter punitivo parece diluirse en otros supuestos resarcitorios en los que se otorga preponderancia al valor compensatorio. DÍEZ-PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, ps. 99-102. Entre los supuestos en los que la jurisprudencia ha utilizado el daño moral bajo una concepción punitiva se encuentran supuestos de agresiones sexuales, y aquellos casos en los que la indemnización queda marcada por el rechazo a otorgar una indemnización nominal próxima a cero por no haber daños patrimoniales ni poder justificarse una precisa repercusión negativa de carácter psíquico o afectivo. GÓMEZ POMAR, F., “Daño moral”, en *Indret*, 1/2000, p. 10.

ria *disuasiva*— del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, no ceje en el empeño de utilizar un mecanismo propio de los sistemas *Common Law* para buscar el “castigo” del proveedor que ha obrado con una notoria despreocupación, dolo o culpa grave.

A pesar de no poder compartir este mecanismo preventivo-punitivo desde las bases del derecho europeo actual, alabamos que se hayan previsto límites máximos de las cuantías objeto de pago por parte del proveedor incumplidor, la previsión de la legitimación activa para las acciones colectivas, la decisión de que la cuantía no siempre haya de ser percibida por parte del perjudicado —evitando el posible enriquecimiento injusto de la víctima—, la responsabilidad solidaria ante la pluralidad de proveedores responsables, así como la prohibición del aseguramiento de estas *sanciones civiles*.

## VI. Tipología de daños causados a consumidores objeto de protección

### VI.1. Daños causados por productos o servicios defectuosos

#### a. Régimen de responsabilidad imputable

Habiendo sido determinadas las definiciones objeto de análisis, hemos de centrarnos en el régimen de responsabilidad civil elegido por la Unión Europea —anterior Comunidad Económica Europea, en el momento de la redacción de la Directiva— para dotar de la máxima protección al consumidor.

Resulta de máximo interés el debate en torno al sistema de responsabilidad civil imputable al fabricante en el marco de la redacción de la Directiva 85/374/CEE. A pesar de que el propio Preámbulo determine que «únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema [...] del justo reparto de los riesgos inherente a la producción moderna», el tema central objeto de debate fue fijado en el denominado *riesgo de desarrollo* como causa por la que evitar la imputación de un régimen de responsabilidad objetivo y absoluto. La solución a la cuestión pasó por una vía intermedia: se reconocería como posible excepción para el fabricante en la redacción de la Directiva (art. 7, apartado e), permitiendo a los

Estados miembro su incorporación potestativa como causa de exoneración (50).

De este modo, y sin perjuicio de que, como afirmara algún autor, el fundamento de la responsabilidad civil imputable al suministrador final —de conformidad con la Disposición Adicional Única de la actualmente “refundida” Ley española 22/1994—, fuera un régimen de responsabilidad civil subjetivo (51), una de las características propias del régimen de responsabilidad civil imputable a los actores intervinientes en la *sociedad del riesgo* es búsqueda de sistemas preventivos de daños (art. 107 del Anteproyecto argentino) y efectiva reparación del perjudicado (art. 108 del Anteproyecto argentino), en caso de resultar dañado (52). De este modo, la propia Exposición de Motivos de la Ley trataba de determinar que estábamos ante un régimen de responsabilidad objetivo, matizado a través de mecanismos que lo suavizaran para llegar al resultado de la aplicación de un sistema de responsabilidad civil cuasi-objetivo, con inversión de la carga de la prueba (53).

En la actualidad, el TRLGDCU parece seguir la línea marcada por sus antecedentes legislativos, concretando en el art. 139 que la carga de la prueba para la víctima de daños se limitará al

(50) MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos: fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2007, ps. 42-45.

(51) En este caso, “no tendría sentido excluir al suministrador del círculo de responsables a título principal por entender que, objetivamente no debe responder más que cuando el fabricante o el importador no puedan ser identificados”. CILLERO DE CABO, P., *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Civitas, Madrid, 2000, ps. 226-228.

(52) GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Responsabilidad civil por productos defectuosos: cuestiones prácticas*, Comares, Granada, 2006, ps. 54-56.

(53) No entendemos, sin embargo, que esto sea más beneficioso para la víctima que la aplicación estricta de un régimen de responsabilidad objetivo en el que no exista siquiera carga de prueba para la víctima, siendo su única obligación demostrar la existencia de una relación causal con el autor y el resultado dañoso. Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J., *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos: la responsabilidad por productos en el marco de la responsabilidad extracontractual*, Comares, Granada, 2003, ps. 145-148.

*defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos*, sin perjuicio de las voces contrarias a este régimen y que abogan por la necesaria implantación de un sistema de responsabilidad objetiva total (54), como ocurre con los daños derivados de bienes y servicios de los arts. 148 y 149 (55), por encajar mal esta triple carga probatoria con algunos productos en concreto —debiendo el juez determinar que la carga de la prueba no menoscaba los derechos de los consumidores, vid. STJUE de 21 junio 2017 (Caso *N.W vs. Sanofi Pasteur MSD SNC*)- (56).

Por su parte, la denominada *teoría del market share* reconocida en el Preámbulo del Anteproyecto de la Ley argentina, determina la responsabilidad concurrente de todos los proveedores, cada uno en proporción a su participación, si no se pudiera identificar al proveedor que efectivamente fabricó o comercializó el producto. El art. 8 de la Directiva europea ofrece una regla similar en orden a evitar la disminución de la responsabilidad del productor “cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto de producto y por la intervención de un tercero” (vid. art. 8). Más clarificadora resulta la disposición contenida el TRLGDCU en su art. 132, por el que se determina una responsabilidad solidaria de todos los responsables en la causación del daño, sin perjuicio del art. 138.2 que, ante la imposibilidad de determinar el productor, será el proveedor quien asuma su papel a efectos de determinar su responsabilidad (57).

(54) LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J., “Los daños causados por productos defectuosos”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nro. 7/2013, p. 101.

(55) Para mayor información, vid. Libro Verde sobre responsabilidad civil por productos defectuosos de 1999.

(56) Vid. en relación con medicamentos y productos sanitarios defectuosos, TORRUBIA CHALMETA, B., “Algunas cuestiones sobre la prueba del nexo causal en la responsabilidad civil por daños causados por medicamentos y productos sanitarios defectuosos”, en *CEBES*, nro. 6, 2017, p. 7, y VÁZQUEZ BULLA, C., “La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva Ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial” en *Revista de Derecho UNED*. Núm. 14. 2014. 737-747.

(57) Vid. análisis de la STS de 11 de noviembre de 2003 en relación con la condena de codemandados absueltos. LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J., “Los daños causados por productos defectuosos”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nro. 7/2013, p. 100.

Véase la diferencia en esta materia entre el TRLGDCU y el Anteproyecto argentino relativa a la legitimación pasiva de la acción de responsabilidad civil por productos defectuosos. En sentido, el art. 114 del Anteproyecto determina que, a falta de identificación del proveedor —como aquel sujeto que fabricó o comercializó el producto— serán todos los proveedores responsables. Por nuestra parte, en la legislación española, se establece una clara distinción entre productor —quien fabrica el producto— y proveedor —quien lo comercializa—. Quizá esta distinción pueda servir en orden a evitar equívocos derivados de la futura aplicación de la norma argentina que resulte definitiva (vid. definición de productor en la STJUE de 2 diciembre 2009, *Caso Aventis Pasteur SA vs. OB*).

#### *b. Causas de exoneración o exclusión*

Por parte del legislador comunitario, el art. 12 de la Directiva 85/374/CEE, únicamente determina que “la responsabilidad del productor que se derive de la aplicación de la presente Directiva no podrá quedar limitada o excluida, en relación al perjudicado, por virtud de cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad”.

Ello viene referido a la posibilidad de determinar contractualmente esta limitación o exclusión. No obstante, estas causas de exoneración han sido prevista por el legislador español en el art. 140 del TRLGDCU (58). Además, la

(58) Art. 140.— *Causas de exoneración de la responsabilidad*. 1. El productor no será responsable si prueba: a) Que no había puesto en circulación el producto; b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial; d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes; y e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. 2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto. 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos

responsabilidad cuasi-objetiva a que se refiere el Capítulo de la norma, viene limitada cuantitativamente a los 500 euros —por daños materiales— y a los 63 106 270,96 euros —por muerte y lesiones personales—.

En este sentido, el Anteproyecto de la Ley de Defensa del Consumidor argentina de 2018 aplica el régimen de responsabilidad objetiva contenida en los artículos 1722 y 1723 del Código Civil y Comercial. Permite, por lo demás, la aplicación del art. 1733, para la reglamentación de las eximentes. En este sentido, se permite la alegación del *caso fortuito*, debiendo concurrir el elemento de exterioridad (no es hecho ajeno la actividad desarrollada por el resto de los integrantes de la cadena de la producción); así como el *hecho de la víctima*, solo por culpa grave —uso irracional del productor por parte del consumidor— y dolo del consumidor, de interpretación restrictiva.

Podemos considerar que se trata de un régimen de responsabilidad civil objetivo estricto al excluir como causas eximentes (art. 115 Anteproyecto de 2018):

- el cumplimiento de las reglas del arte, la normativa vigente o en caso de contar con autorización administrativa que no imponga la manera de fabricar, diseño, dotar de información y conservación del bien;
- o la adecuación al estado de los conocimientos científicos y técnicos del momento de la puesta en circulación del producto o servicio que no hubiera permitido apreciar el vicio.

## VI.2. Daños causados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor

Llama nuestra atención el avance legislativo aportado por la norma argentina que, a través del denominado como *ámbito físico de incumbencia del proveedor* (art. 117 Anteproyecto), protege los perjuicios causados al consumidor por lesión de personas o los daños a bienes. En este sentido, se incluye la protección en el interior del establecimiento del proveedor y sus

alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e).

inmediaciones —si de ello derivan peligros relacionados con el consumo— y cualquier otro lugar “que formen parte del ámbito de competencia del proveedor o en los que este tenga o deba tener un poder de vigilancia o control efectivo”. También serán objeto de protección aquellas *situaciones postcontractuales*, en función de la previsibilidad del proveedor.

En relación con estas obligaciones de seguridad, la Unión Europea dispone de la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de productos. De conformidad con el art. 3 de la citada Directiva, los productores tienen la obligación de poner en el mercado únicamente productos seguros, estableciendo únicamente parámetros de seguridad sin determinar un régimen de responsabilidad particular (59).

El propio Anteproyecto argentino ofrece varios ejemplos sobre cuál puede ser el ámbito físico de incumbencia del proveedor: corredores viales concesionados, estadios, lugares donde el proveedor organiza eventos, los andenes, escaleras de acceso, salas de espera y demás instalaciones en relación a los medios de transporte. Se trata, por lo tanto, de una clasificación que determina las particularidades de la responsabilidad civil derivada del sector del transporte —sin perjuicio de lo visto en el Preámbulo del Anteproyecto—.

Por lo que respecta a este sector concreto, no disponemos en el ordenamiento jurídico europeo de norma particular que determine explícitamente el ámbito físico concreto sobre el que recaerá la responsabilidad del transportista. En este sentido, la jurisprudencia, en concreto la española, tiene por objeto fijar el alcance de la

(59) La seguridad de los productos en los Estados miembro ha de ser evaluada tomando como referente la normativa estatal del territorio en el que sean comercializados, incluso aunque las normas tengan el carácter no obligatorio, siempre que sean fruto de transposición de normativas europeas, recomendaciones europeas o códigos de buena conducta. CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., “Configuración normativa y técnicas de tutela del consumidor en el derecho de la Unión Europea”, en *La protección jurídica de los consumidores en el espacio euroamericano*, J. L. Tomillo Urbina (dir.), Comares, Granada, 2014, ps. 79-82.



responsabilidad: v.gr. STS núm. 1193/2004 de 20 de diciembre, los deberes de protección que incumben a la compañía de transporte deben estar destinados a velar “por qué no sufran daño alguno las personas que, para la utilización de los servicios que aquella entidad ofrece, hayan de transitar por los espacios que forman parte de las estaciones construidas para posibilidad la prestación de los mismos [...] no comprendiendo solamente los de las vías y andenes, sino también aquellos que ocupan vestíbulos, pasillos, escaleras, etc.” o la STS nro. 1085/2008 de 24 noviembre imputa a la Compañía Metropolitana de Madrid la responsabilidad contractual por omisión de la obligación de seguridad de los usuarios de las instalaciones en tanto el pasajero fue agredido por dos desconocidos que le causaron diversas lesiones y se dieron a la fuga sin poder llegar a ser identificados, mientras el usuario se encontraba en las instalaciones de la

estación de metro con motivo del contrato de transporte celebrado (60).

---

(60) A pesar de que la empresa de transporte haya llevado a cabo la contratación de dos empresas de seguridad, aquella “no puede exonerarse por el simple hecho de la contratación de una empresa de seguridad, puesto que la responsable del incumplimiento frente al usuario es quién presta el servicio de transporte” (FD Segundo).



# Análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor desde las normas del Mercosur

---

MARTINA L. ROJO (\*)

## I. Introducción

Presentamos en este capítulo un análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor desde el punto de vista de la normativa del Mercosur.

Sabemos que el Tratado de Asunción, constitutivo del Mercosur, no contiene normas expresas sobre protección de los consumidores. En los primeros años de vida del Mercosur no parecía que la temática fuese prioritaria, pero luego se fue interpretando, tanto por parte de la doctrina como por los propios órganos del Mercosur, que dicha protección era una parte esencial de la armonización legislativa necesaria para lograr avanzar en el proceso de integración.

Como señalan varios autores, el art. 4 del Tratado de Asunción, al organizar el marco general para la competencia comercial en la región lleva ínsita la protección de los derechos de los consumidores, ya que “todo intento de mantener y asegurar una libre y leal competencia en una economía de mercado abierto, debe ser orientado también hacia la defensa del consumidor” (1). Asimismo, “en el preámbulo del Tratado de Asunción y en su art. 1, donde esta-

blece sus propósitos, surge en forma implícita la necesidad de protección del consumidor” (2).

En efecto, el preámbulo del Tratado de Asunción señala el objetivo de “ampliar la oferta de bienes y servicios disponibles, a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes” (3) y, como ya nos decía Stiglitz en 1995, la protección del consumidor es “un recaudo insoslayable para el funcionamiento de la integración económica y la libre circulación de mercaderías intracomunitaria. Ello resultaría impracticable mediando diferentes niveles de protección en cada Estado, en orden a *standards* de información, calidad y seguridad sobre los productos y servicios, a los respectivos sistemas de garantías y responsabilidades, etcétera” (4).

Luego, en la segunda mitad de la década de 1990, se produce lo que Lima Marques denominó una “extraña era de oro”. Primero, en 1993 se conforma una comisión de estudios sobre derecho del consumidor en el subgrupo 10 del GMC (de coordinación de políticas económicas). La comisión se transformó en Comité Técnico de la Comisión de Comercio en 1994 (Comité Técnico Nro. 7, CT7).

El CT7 recibió como misión fundamental elaborar un proyecto de reglamento del con-

---

(\*) LLM University of Georgia, EEUU). Profesora Titular de Derecho Económico Internacional y Directora del Programa Franco-argentino de Abogacía y Asuntos Internacionales (Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador).

(1) NICOLAU, Noemí L., “El Mercosur como instrumento de cambio en el derecho interno: el caso de la defensa del consumidor”, en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/13/8>.

---

(2) GUEVARA, Carina N., *El derecho del consumidor en el Mercosur*, Lerner, Córdoba, 2005, p. 74.

(3) <https://www.rau.edu.uy/mercosur/tratasp.htm>.

(4) STIGLITZ, Gabriel A., “El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur”, LL 1995-B-1361.

sumidor para la región (5) y continúa hasta hoy su labor como organismo subordinado a la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) (6). Reúne a los órganos nacionales de Defensa del Consumidor de los Estados Partes y “busca, por medio del diálogo entre sus países miembros, desarrollar y promover políticas de Protección al Consumidor” (7). Este CT7 constituye “un foro importante para el incentivo y la creación de instrumentos de cooperación en el ámbito de la protección y defensa de los consumidores” (8).

En el marco de dicho CT7 se redactaron y adoptaron distintas normas comunitarias (9). Un hito importante fue la redacción del “Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo” (10) (Decisión CMC (11) Nro. 10/96 del 22 de diciembre de 1996), que se ocupa del procedimiento y la competencia para entender en controversias nacidas de las relaciones de consumo, cuando proveedor y consumidor tengan su domicilio en distintos Estados del Mercosur, o cuando teniendo domicilio en un mismo Estado la prestación característica de la relación de consumo tenga lugar en otro Estado parte. Este Protocolo no ha podido entrar en vigor, por la disparidad de desarrollo de los procesos de protección del consumidor en los países miembros al momento de su adopción (12) lo que llevó a Brasil a oponerse a su avance (13) y por-

que su propio art. 18 dispone expresamente su tramitación solo podría iniciarse de la aprobación del “Reglamento Común MERCOSUR para la Defensa del Consumidor”, el cual no ha visto aún la luz. Así dice una de las disposiciones transitorias del Protocolo: “la tramitación de la aprobación del Protocolo en el ámbito de cada uno de los Estados Partes, con las adecuaciones que fueren necesarias, sólo podrá iniciarse después de la aprobación del Reglamento Común Mercosur para la Defensa del Consumidor en su totalidad, incluidos sus anexos, si los tuviere, por el Consejo del Mercado Común (art. 18)” (14).

Pese a la no aprobación del Protocolo de Santa María, el CT7 continuó sus trabajos, los cuales fueron respaldados, en el año 2000, por los presidentes de los entonces cuatro países miembros, quienes firmaron la “Declaración Presidencial sobre Derechos de Consumidor” y manifestaron su compromiso a la protección de consumidores como partes más débiles, dando al CT 7 el mandato para establecer el “más alto nivel de protección al consumidor” en la futura legislación (15).

En los siguientes diez años, el CT7 propuso reglas sobre cooperación en asuntos de consumidor, un interesante sistema de alertas sobre productos defectuosos (*re-call*), y la revisión de las resoluciones sobre marketing y garantías contractuales (res. 42/1998) y comercio electrónico (res. 21/2004).

Fue en 2010 cuando se produjo una gran novedad, al acordarse en el seno de la LXIII Reunión Ordinaria del CT7 que tuvo lugar en Río de Janeiro, los días 18 y 19 de agosto, el “Proyecto de Resolución sobre Derecho Aplicable a los

(5) <https://www.argentina.gob.ar/produccion/consumidor/ct7>.

(6) La cual, a su vez, responde al Grupo Mercado Común (GMC).

(7) Curso de Defensa del Consumidor - Mercosur, en: <https://www.produccion.gob.ar/wp-content/uploads/2018/02/PROGRAMA-DEFENSA-DEL-CONSUMIDOR-MERCOSUR-logo-actualizado.pdf>.

(8) *Manual de Defensa del Consumidor Mercosur y Perú*, Ministerio de Justicia del Brasil, Secretaría Nacional del Consumidor, 2015, p. 223.

(9) <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>.

(10) [https://www.oas.org/dil/esp/cidip\\_viii\\_propuestas\\_protocolo\\_de\\_santamaria\\_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/cidip_viii_propuestas_protocolo_de_santamaria_argentina.pdf).

(11) CMC Comisión Mercado Común.

(12) La ley de defensa del consumidor paraguaya (1334) es de 1998 y la uruguaya (17250) es del año 2000.

(13) Como nos recuerda Batello Calderon, 26 normas brasileñas serían dejadas sin efecto si el Protocolo

hubiese sido aprobado. BATELLO CALDERÓN, Silvio, “La hiposuficiencia del consumidor y su protección en el ámbito del Mercosur”, 9/32017, en *Microjuris*: MJ-DOC-10593-AR | MJD10593.

(14) GUEVARA, Carina N., *El derecho del consumidor en el Mercosur*, cit., p. 81.

(15) Declaración Presidencial de Florianópolis, “Declaración de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur”, 15/12/2000, en: <https://www.mercosur.int/>.

Contratos Internacionales de Consumo” (16). Luego en 2011, el CCM dejó de lado la caracterización del texto como proyecto de resolución del GMC y, con algunas modificaciones se lo denominó “Proyecto de Acuerdo sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales de Consumo” (17). Posteriormente y tras un largo trámite, el texto del “Acuerdo sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales de Consumo” fue aprobado por el CMC (18) en 2017, mediante decisión 36/17 CMC Mercosur. Su objetivo es “dar protección al consumidor y adoptar reglas comunes sobre el derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo, contratos entre proveedores de bienes o prestadores de servicios y consumidores o usuarios en la región” (19).

En el mes de julio del año 2015 fue presentado el primer “Manual de Defensa del Consumidor Mercosur y Perú”, en el marco de la XLVIII Cumbre de Jefes y Jefes de Estado del Mercosur y Estados Asociados (20). De la redacción del Manual tomaron parte la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor de la Argentina, la Secretaría de Defensa del Consumidor y el Usuario del Paraguay, el Área Defensa del Consumidor de la Dirección General de Comercio del Uruguay, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú y la Secretaría Nacional del Consumidor de Brasil. El Manual está publicado en castellano y portugués y contiene nueve capítulos: 1- La defensa del consumidor en el Mercosur, 2. Sistemas Nacionales de Defensa del Consumidor, 3. Principios, conceptos y derechos básicos de defensa de consumidor, 4. Protección a la salud y a la

seguridad, 5. Responsabilidad civil, 6. Oferta y publicidad, 7. Prácticas abusivas, 8. Bancos de datos de consumo, y 9. Protección contractual de los consumidores.

## II. Análisis comparado del Anteproyecto con la normativa Mercosur

Procederemos entonces a presentar algunos aspectos del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor en su relación con las normas mercosurianas, aunque debemos aclarar *prima facie* que todas las resoluciones señaladas establecen que su contenido debería ser incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales (salvo la 126/94) y que entraría en vigor una vez concluido el “Reglamento Común Mercosur sobre Defensa del Consumidor”, del cual formarían parte y que seguimos hoy esperando.

En primer término, el GMC emitió la resolución 126/1994 (Defensa del Consumidor) por la cual dispuso que, cada Estado Parte aplicará su propia legislación de protección del consumidor a los productos y servicios que se comercialicen en su territorio, hasta tanto sea aprobado un Reglamento Común para la Defensa del Consumidor. Se aclaraba que en ningún caso se podría imponer a los bienes provenientes de los Estados partes del Mercosur exigencias superiores a las que se aplicaban a los productos y servicios provenientes de terceros países.

En 1996 el GMC Mercosur adoptó las res. 123/1996 (Defensa del consumidor. Conceptos), 124/1996 (Defensa del consumidor. Derechos Básicos), 125/1996 (Defensa del consumidor. Protección a la salud y seguridad del consumidor) (21), 126/1996 (Defensa del consumidor. Publicidad) (22) y 127/1996 (Defensa del consumidor. Garantía contractual) (23) en Fortaleza (Brasil).

Posteriormente se adoptó la resolución 01/2010 (Protección de la salud y la seguridad de consumidores y usuarios - aspectos operati-

(16) El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual (Mercosur\CMC\Dec N° 1/94) excluye de su ámbito de aplicación los contratos de venta al consumidor (art. 2.6).

(17) KLEIN VIEYRA, Luciane, “El concepto de consumidor y el Mercosur ampliado. Un análisis del derecho de fuente convencional externa e interna de los Estados parte del bloque”, *Revista de Direito do Consumidor*, 2016, RDC, vol. 107 (setembro - outubro 2016).

(18) Consejo del Mercado Común.

(19) [https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/DEC\\_036-2017\\_ES\\_Acuerdo%20Inter%20Consumo.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/DEC_036-2017_ES_Acuerdo%20Inter%20Consumo.pdf)

(20) *Manual de Defensa del Consumidor Mercosur y Perú*, cit.

(21) GUEVARA, Carina N., *El derecho del consumidor en el Mercosur*, cit., p. 91.

(22) *Ibidem*, p. 94.

(23) Luego reemplazada por la resolución 24/1998, GUEVARA, Carina N., *El derecho del consumidor en el Mercosur*, cit., ps. 97-98.

vos) en 2010 y en 2011 mediante la resolución 34/2011 (Defensa del consumidor. Conceptos básicos) se modificaron algunos conceptos básicos y se incluyeron disposiciones acerca del deber de informar y de la oferta vinculante (24).

En este capítulo analizaremos en forma comparada, según su tratamiento en el Anteproyecto y en las normas Mercosur, los siguientes temas:

1. Conceptos generales: consumidor, relación de consumo, proveedor, producto y servicio.
2. Deber de información.
3. Deber de protección de la salud y seguridad.
4. Publicidad.
5. Garantías contractuales.
6. Comercio electrónico.

### **II.1. Conceptos generales: consumidor, relación de consumo, proveedor, producto y servicio**

La resolución 123/1996 se refiere a la definición de conceptos básicos, tales como consumidor, proveedor, producto, servicio y relación de consumo.

#### **II.1.1. Consumidor**

La resolución 123/96 GMC Mercosur definía al consumidor de la siguiente forma: “es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. Equipárense a consumidores a las personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo. No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de ser integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Es decir que la resolución 123/96 GMC indica que el consumidor es quien consume “en una relación de consumo o en función de ella”.

La resolución 34/11 Mercosur GMC modificó el concepto a “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella” (25).

Dice, por su parte, el Anteproyecto:

“Art. 2.— *Categoría de consumidor.* Es consumidor la persona humana o jurídica que adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo originaria, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad son aplicables a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo”.

Encontramos similitudes en cuanto a que puede concebirse que es consumidor una persona humana (física) o jurídica.

También el concepto de “destinatario final” en una relación de consumo o en función de ella se encuentra en ambos textos.

Respecto del consumidor “expuesto”, el primer texto mercosuriano parece más amplio al indicar “equipárense a consumidores a las personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo”, aunque luego fue eliminado. No obstante, ello, el texto del anteproyecto resulta suficiente ya que equipara al concepto de consumidor a “quien, sin ser parte de una relación de consumo originaria, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. También le aplica al “expuesto” “las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad”.

Resulta una novedad sumamente importante, y acorde a las tendencias más avanzadas en la protección de los derechos de los consumido-

(24) *Manual de Defensa del Consumidor Mercosur y Perú*, cit., p. 222.

(25) *Ibíd.*

res como derechos humanos fundamentales la inclusión en el anteproyecto del art. 3: “Consumidores hipervulnerables. El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados”.

Si bien no encontramos esta categorización en la normativa del Mercosur es sabido que los avances doctrinarios de los expertos de Derecho del Consumidor del Brasil y la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia de dicho país han influido en la expansión de esta terminología de graduación de la vulnerabilidad como principio de Defensa del Consumidor de las personas físicas. El fallo del STJ citado por Lima Marques y Miragem en su libro *O Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, señala: “Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas, sobretudo os hipervulneráveis (...)” (26).

### II.1.2. Relación de consumo

La resolución 123/96 GMC Mercosur definía a la relación de consumo como “el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final. Equipárese a ésta la provisión de productos y la prestación de servicios a título gratuito cuando se realicen en función de una eventual relación de consumo”.

La definición de relación de consumo fue clarificada por la Resolución 34/2011 GMC Mercosur como “el vínculo jurídico que se establece entre el proveedor que provee un producto o presta un servicio y el consumidor, quien lo adquiere o utiliza como destinatario final” (art. 1.c, resolución 34/2011, GMC, Mercosur).

En el Anteproyecto, el art. 1 dice: “Relación de consumo. La relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Tiene como fuente un hecho o acto jurídico, unilateral o bilateral, una práctica o una técnica

de marketing. Puede resultar de la tipificación legal, de la voluntad individual, o inferirse a través de la interpretación judicial”.

Ambas definiciones hablan de “vínculo jurídico” entre proveedor y consumidor. La definición del Anteproyecto aparece como más amplia al señalar las posibles fuentes que pueden dar origen a dicho “vínculo jurídico”.

### II.1.3. Proveedor

La misma resolución 123/96 GMC Mercosur define el concepto de “proveedor”, el cual fue actualizado por la resolución 34/2011 GMC Mercosur definiendo al Proveedor como “toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, así como los entes despersonalizados de la Administración Pública de los Estados Partes, que desarrolle de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de fabricación, producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, distribución y/o comercialización de productos y/o servicios”.

El Anteproyecto define en el art. 4: “*Proveedor*. Es la persona humana o jurídica, de naturaleza pública o privada, que actúa de modo profesional, aun ocasionalmente, desarrollando actividades de producción, prestación de servicios, montaje, creación material o intelectual, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución, comercialización o transporte, destinadas a consumidores o usuarios. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello. La exclusión no alcanza al régimen de publicidad, a las prácticas abusivas, a su actividad comercial o a toda otra ajena a su incumbencia profesional. Ante la presentación de denuncias que no se vinculen a los temas alcanzados por esta ley, la autoridad de aplicación informará al denunciante sobre el ente que controle la matrícula respectiva, a los efectos de su tramitación. Al transporte aéreo se aplica el Código Aeronáutico, los Tratados Internacionales de los que la Argentina sea parte, y esta ley, de modo concurrente y de acuerdo con su ma-

(26) LIMA MARQUES, Claudia - MIRAGEM, Bruno, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, 2ª rev., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 197.

tería, criterio que se proyecta a la competencia de las autoridades de aplicación”.

Ambos textos definen al proveedor como una persona humana (física) o jurídica, de naturaleza pública o privada, que actúa de modo profesional, aun ocasionalmente, desarrollando actividades que integran la cadena de producción y distribución.

Una diferencia consiste en el mantenimiento en el texto del Anteproyecto de la exclusión del concepto de proveedor de los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, que estaba en la ley 24.240, aunque se aclara que la publicidad y las prácticas abusivas vinculadas a estos servicios profesionales, como también toda actividad comercial o ajena a su incumbencia profesional, sí estarán incluidas.

Debido a la existencia en la ley 24.240 del cuestionado art. 63 que dice: “para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley”, se ha interpretado que “los usuarios de transporte aéreo en nuestro país sólo pueden hacer valer los derechos amparados en la ley 24.240 en la medida en que las cuestiones a resolver no estén previstas en el código aeronáutico y los tratados internacionales” (27).

No obstante, ello, por aplicación de los arts. 19 y 4 de la ley 24.240 se “permite el encuadramiento de cualquier violación a los derechos de los pasajeros por parte de las compañías aéreas tanto en la etapa precontractual como en la contractual como una infracción a la ley de defensa del consumidor, con su consiguiente sistema de responsabilidad”. Es decir que las cuestiones alcanzadas por la Ley del Defensa Consumidor serían: el derecho del usuario a ser informado debidamente, incluyendo los efectos del llamado “síndrome de la clase turista”), las condiciones de la oferta, efectos de la publicidad, el derecho a recibir el servicio en las condiciones ofrecidas, la denegación de embar-

que por sobreventa de pasajes(28), rescisión por parte del usuario en forma electrónica o telefónica, La obligación de brindar trato digno a los usuarios del servicio y la prohibición de diferenciar precios o calidades a consumidores extranjero y la prohibición de cláusulas abusivas(29).

Por ello parece oportuna la aclaración incluida en el Anteproyecto relativa a que la ley de Defensa del Consumidor se aplicará al contrato de transporte aéreo, de modo no ya “supletorio”, sino “concurrente y de acuerdo con su materia”, lo cual también proyectará a la competencia de las autoridades de aplicación.

#### II.1.4. *Producto y servicio*

La resolución 34/2011 GMC Mercosur define el concepto de “Producto”, con un alcance extenso, como “cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, de acuerdo a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes” y define servicio como “cualquier actividad remunerada directa o indirectamente, suministrada en el mercado de consumo, por un proveedor profesional, cualquiera sea su objeto, que tenga por finalidad satisfacer necesidades de consumidores en su carácter de destinatarios finales de los mismos, con excepción de las relaciones laborales” (art. 1.e, resolución 34/2011, GMC, Mercosur).

El Anteproyecto no define los conceptos de “producto” y “servicio” en la parte general sino en el capítulo 2, “Daños causados por productos o servicios defectuosos”, en el art. 109, “*Concepto de producto y servicio*”. A los fines de la presente ley se considera producto toda cosa mueble, aunque se encuentre unida o incorporada a un bien inmueble. Quedan comprendidos el agua, el gas, la electricidad, y los bienes derivados del cuerpo humano”.

El concepto mercosuriano aclara la característica “material o inmaterial”, lo cual resulta útil para los de bienes informáticos, como de *software*, por ejemplo.

En el mencionado art. 109 del Anteproyecto se define servicio a “cualquier actividad suministrada por un proveedor, cualquiera sea su objeto”. El concepto del Mercosur habla también de “cualquier actividad (...) suministrada

(27) Protectora, “Aplicación de la ley de Defensa del Consumidor al transporte aéreo de pasajeros”, en: <http://www.protectora.org.ar/turismo-viajes-y-hoteles/aplicacion-de-la-ley-de-defensa-del-consumidor-al-transporte-aereo-de-pasajeros/30116/>.

(28) La resolución 1532/1998 no impide la aplicación supletoria de la ley 24.240.

(29) Protectora, “Aplicación de la ley de Defensa del Consumidor...”, cit.



en el mercado de consumo, por un proveedor profesional, cualquiera sea su objeto". No parece tan feliz la inclusión de que sea "remunerada directa o indirectamente". Incluye la excepción de las relaciones laborales, aunque dicha exclusión también se encuentra implícita en la definición de relación de consumo.

## II.2. Deber de información

La resolución 124/96 GMC Mercosur establece una lista de los derechos básicos de los consumidores<sup>(30)</sup>. Allí se garantiza el derecho a la libertad de elección y tratamiento igualitario del consumidor.

El Anteproyecto en el art. 6, sobre "Derechos del Consumidor" remite a "los derechos que establecen la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, y en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos y las leyes".

Asimismo, la resolución 34/2011 GMC Mercosur, define el "deber de información" como "la obligación de todo proveedor de suministrar al consumidor, en forma cierta, clara y detallada, toda la información relacionada con las características esenciales de los bienes y/o servicios que provee según su naturaleza, características, finalidad o utilidad; así como las condiciones de su comercialización, especificando de corresponder y de acuerdo a las normas especiales aplicables, entre otras informaciones, su origen, cantidad, calidad, composición, plazo de validez y precio, así como los riesgos que en su caso presenten o puedan presentar, con la finalidad de que los consumidores puedan realizar una elección adecuadamente informada sobre los productos o servicios de que se traten, así como un uso o consumo adecuado de los mismos" (art. 1.f).

En el Anteproyecto encontramos los arts. 12, 13 y 14:

• Art. 12. *Obligación general de informar a cargo del proveedor.* En el decurso de la relación de consumo los proveedores están obligados a suministrar al consumidor información clara, precisa, completa, veraz y comprensible res-

pecto de las características esenciales de los bienes y servicios que ofertan o proveen, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante debido a su naturaleza y particularidades. Esta obligación comprende todas las informaciones sobre riesgos, incertidumbres y cuestiones ambientales establecidas en el artículo 11 en tanto fueren pertinentes.

• Art. 13.— *Modo de comunicar la información.* La información deberá ser transmitida de conformidad a las siguientes reglas: 1. La información debe ser proporcionada de manera fácilmente accesible para el consumidor, mediante mecanismos apropiados para su adecuada comprensión, especialmente en el caso de consumidores hipervulnerables, cuando tal situación sea conocida o deba serlo por el proveedor, o resulte evidente en función de las circunstancias que conformen el contexto de la relación de consumo; 2. La información deberá ser comunicada de manera fehaciente bajo las siguientes reglas: a) en soporte papel o electrónico, a opción del consumidor, quien a tales fines deberá proporcionar una dirección electrónica; b) en los contratos celebrados por medios electrónicos, la información podrá transmitirse por la misma vía; c) conforme lo disponga otra disposición legal o reglamentaria; 3. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en idioma español, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario. En el caso de bienes o servicios importados, los proveedores son responsables del contenido de la traducción.

• Art. 14. *Contenido mínimo.* Sin perjuicio de lo establecido en las normas especiales, los proveedores están obligados a informar de manera fácilmente perceptible al consumidor, en función de las características del bien o servicio de que se trate, lo siguiente: 1. Denominación, composición, fecha de producción, fecha de vencimiento o caducidad e instrucciones para su instalación, uso, mantenimiento y funcionalidad; 2. Los riesgos e incertidumbres que entraña su utilización, cumpliendo con la normativa específica para su comercialización, de conformidad a lo establecido en el artículo 17, segundo párrafo; 3. Datos identificatorios del proveedor: nombre, domicilio y número de CUIT; 4. Garantías y servicios de postventa y asistencia técnica; 5. Las condiciones de su comercialización: naturaleza

(30) KLEIN VIEIRA, Luciane, *Protección internacional del consumidor*, Euros Editores, Buenos Aires, 2013, p. 59.

y contenido del acto; modalidades de la ejecución del contrato; fecha de entrega, ejecución del contrato y su duración; en su caso, precio, formas y condiciones de pago, costos y cargos adicionales, descuentos, tasas de interés, modalidades de financiación, y tributos a cargo del consumidor; 6. Cuando con posterioridad a la introducción de los bienes y servicios en el mercado se tome conocimiento de su peligrosidad, los proveedores deberán hacerlo saber inmediatamente a los consumidores, a su exclusivo costo y cargo, mediante mecanismos de comunicación eficientes que les garanticen la efectiva posibilidad de conocer tal circunstancia; entre otros, a través de anuncios publicitarios por la prensa, radio, televisión e internet. Deberán, también de manera inmediata, comunicarlo a las autoridades competentes, y en su caso, retirarlos del mercado.

### **II.3. Deber de protección a la salud y seguridad**

La resolución 125/96 GMC Mercosur establece pautas para garantizar una efectiva protección de los consumidores sobre nivel de calidad, riesgos, salud y seguridad. (31) Esta resolución 125/96 GMC Mercosur requiere que los productos y servicios que se comercialicen no presenten riesgos para la salud o seguridad de los consumidores, salvo los normales y previsibles por su naturaleza y utilización. Señala que “todos los bienes y servicios, cuya utilización pueda suponer un riesgo, de aquellos considerados normales y previsibles por su naturaleza y utilización, para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios deben comercializarse observando las normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de estos”.

También se establece en esta resolución mercosuriana un deber de información específico para estos casos: “los proveedores de productos o servicios peligrosos o nocivos para la salud o seguridad deberán informar, en forma ostensible y adecuada, sobre su peligrosidad o nocividad, sin perjuicio de la adopción de otras medidas que puedan tomarse en cada caso concreto”.

De la misma forma, el Anteproyecto en el art. 17 establece un deber genérico de protección y seguridad. “Los proveedores deben

adoptar las medidas necesarias para proteger la persona y los bienes de los consumidores en el ámbito de la relación de consumo. Sin perjuicio de reglamentaciones especiales, este deber comprende el de garantizar la inocuidad de los bienes y servicios incorporados al mercado”.

Y para los bienes o servicios que puedan suponer un especial riesgo para la salud o integridad física de los consumidores, el Anteproyecto señala pautas mucho más expresas al indicar que: “deberán extremarse los mecanismos de seguridad en su comercialización y las instrucciones e información tendientes a garantizar su seguridad”.

Aclarando las formas en que debe hacerse la comunicación a los consumidores en Anteproyecto señala: “deben ser presentadas de manera ostensible y en su caso, utilizando signos de alerta universalmente reconocidos. Todo ello, sin perjuicio de otras medidas que dispongan las autoridades en situaciones concretas. La comunicación del riesgo debe ser transparente, precisa y adecuada, debe ser comunicada al público sin dilaciones a los fines de disminuir las consecuencias dañosas, y su llegada y comprensión por parte de todos los sectores sociales deben estar garantizadas. Las advertencias sobre riesgos deben ser especialmente individualizadas y destacadas para favorecer su identificación como tales por parte de los consumidores. En el caso de que la comunicación del riesgo comprenda una alerta, además de cumplir con las condiciones anteriores, debe evitar generar una situación de pánico social”.

También establece en Anteproyecto las consecuencias del incumplimiento: “independientemente de otros efectos que correspondan, el incumplimiento de las disposiciones de este artículo da lugar a la prevención y la reparación de los daños causados a los consumidores, en los términos y con los alcances previstos en el Título IV de la presente ley”.

El Anteproyecto avanza más en su preocupación por brindar el más alto nivel de protección a la seguridad en el consumo de bienes y servicios, conforme al mandato constitucional del art. 42. Así el art. 18 señala: “*Condiciones de seguridad*. Los proveedores de bienes y servicios, en el marco del deber de seguridad, deben cumplir

(31) *Ibidem*, p. 59.

con las normas nacionales específicas que rigen la autorización administrativa previa en la materia. Además de ello, en cualquier caso, el bien o servicio debe cumplir con una evaluación de la seguridad que deberá basarse en la aplicación de las mejores prácticas y tecnologías disponibles, el estado actual de los conocimientos y de la técnica al momento de la puesta en el mercado, y el nivel de seguridad que puedan esperar razonablemente los consumidores”.

Como nos dicen los autores en los fundamentos del Anteproyecto: “el derecho fundamental a la seguridad es situado en el marco de la relación de consumo, y más allá de las fronteras del contrato de consumo, en sintonía con la profusa aplicación jurisprudencial habida sobre la materia. Se ha procurado afirmarlo en beneficio de los consumidores y usuarios, con un despliegue claramente preventivo, aunque abierto a la tutela resarcitoria”.

Por su parte, la resolución 01/10 GMC Mercosur, de abril de 2010, establece:

“Art. 1 — Los proveedores de productos o servicios que, posteriormente a la introducción de estos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad o nocividad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades nacionales competentes del país que se trate y a los consumidores y usuarios del mismo, mediante anuncios publicitarios, sin perjuicio de otras medidas que cada Estado Parte pueda determinar.

“Art. 2 — Cuando cualquier Estado Parte tenga conocimiento debidamente fundado de la peligrosidad o nocividad de productos o servicios para la salud o la seguridad de los consumidores y usuarios, con base en estudios o evaluaciones técnicas, deberá informarlo en forma inmediata a los demás Estados Partes. Se podrá remitir la información sin la fundamentación técnica correspondiente, cuando la comunicación de la nocividad o peligrosidad fuere realizada por el fabricante. Los Estados Partes tendrán la facultad de informar las investigaciones que estén instruyendo sobre los productos peligrosos o nocivos, con los antecedentes que estimen adecuados. En todos los casos, el Estado receptor evaluará la difusión de la información recibida.

“Art. 3 — Cada Estado Parte implementará y canalizará las previsiones de los artículos anteriores bajo las condiciones y por intermedio de los organismos que estime pertinentes y lo comunicará a los demás Estados Partes.

“Art. 4 — Quedan exceptuados de cumplir las obligaciones previstas en los artículos 1 y 2 de la presente Resolución los proveedores y/o Estados Partes que, con base en la especificidad del producto o servicio y de conformidad con la normativa MERCOSUR correspondiente, deban cursar otras comunicaciones o notificaciones sobre peligrosidad o nocividad de productos o servicios a los organismos nacionales competentes y/o a los Estados Partes”.

#### II.4. Publicidad

La resolución 126/96 se ocupa de la regulación de la publicidad de los bienes y servicios destinados al consumo, para evitar que se configuren en engañosa o abusiva (32). En ella se establece que “toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de tal forma que el consumidor inmediatamente la identifique como tal, quedando prohibida cualquier publicidad engañosa”, siendo tal “cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario que sea total o parcialmente falsa, o que de cualquier modo, inclusive por omisión de sus datos esenciales sea capaz de inducir a error al consumidor, cuando el suministro de informaciones respecto de la naturaleza, las características, la calidad, la cantidad, las propiedades, el origen, el precio, las condiciones de comercialización, o cualesquiera otros datos esenciales sobre productos y servicios sean necesarios para decidir una relación de consumo” (33).

Luego, encontramos regulación de la Publicidad en la resolución 45/2006, GMC Mercosur sobre publicidad engañosa (34) que establece que “está prohibida toda publicidad engañosa entendida esta como cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de

(32) KLEIN VIEIRA, Luciane, *Protección internacional del consumidor*, cit., p. 59.

(33) RUSCONI, Dante, *Manual de derecho del consumidor*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 316.

(34) KLEIN VIEIRA, Luciane, *Protección internacional del consumidor*, cit., p. 60.

carácter publicitario que sea entera o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, inclusive por omisión de sus datos esenciales, sea capaz de inducir a error a los consumidores de cualquiera de los países, cuando la provisión de información refiera a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, condiciones de comercialización o cualquier otro dato esencial sobre productos y servicios que sean necesarios para decidir una relación de consumo” (art. 2º).

Hay un requerimiento de que las publicidades posean un respaldo fáctico, técnico y científico en el art. 4º de esta resolución 45/2006, GMC Mercosur (35). Asimismo, establece una inversión de la carga de la prueba ya que “a prueba de la veracidad y la corrección de la información o comunicación publicitaria recaerá sobre el anunciante” (36).

Sobre la publicidad comparativa, tenemos el anexo de la resolución 126/1996, GMC Mercosur que la autoriza, bajo la condición de que no sea engañosa, su objetivo principal sea el esclarecimiento de la información destinada al consumidor, tenga como principio básico la objetividad en la comparación y no datos de carácter subjetivo, psicológico o emocional, la comparación sea pasible de comprobación, no se configure como competencia desleal, desprestigiando la imagen de productos, servicios o marcas de otras empresas y no produzca confusión entre productos, servicios o marcas de otras empresas. Tampoco podrá ser una “declaración general e indiscriminada de la superioridad de un producto o servicio sobre otro”.

En lo que respecta a la publicidad abusiva, no se ha obtenido aun un consenso para su definición a nivel Mercosur, por ello según el art. 3º, Resolución 126/1996, GMC Mercosur: “el concepto de publicidad abusiva continuará siendo objeto de armonización por los Estados Partes”.

Sobre publicidad oculta y la subliminal, el art. 1, resolución 45/2006 que “toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de tal forma

que el consumidor inmediatamente la identifique como tal, independientemente del medio de comunicación utilizado”.

En el Anteproyecto encontramos los arts. 44 y 45 sobre publicidad:

- Art. 44.— *Valor contractual de la publicidad.* Las afirmaciones o informaciones contenidas en la publicidad son obligatorias e integran el contrato en caso de ser celebrado. La regla anterior no se aplica en caso de que las afirmaciones o informaciones sean perjudiciales para el consumidor. La contradicción entre las afirmaciones o informaciones de la publicidad y el contrato se resolverá en el sentido más favorable al consumidor.

- Art. 45.— *Publicidad abusiva.* Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1101 inciso c) del Código Civil y Comercial, se consideran abusivas aquellas publicidades que atenten contra el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, la identidad de género y las que afecten de cualquier modo los bienes ambientales o culturales.

Sobre la oferta vinculante, se la define como el “ofrecimiento determinado o precisión publicitaria, efectuada a consumidor indeterminado por parte de un proveedor, relacionada con la provisión de un producto o suministro de un servicio” en el art. 1.g de la citada resolución 34/2011, GMC Mercosur (37).

El Anteproyecto lo regula en el art. 43:

- Art. 43.— *Carácter vinculante.* La oferta que se conozca fuera del local de comercialización debe prever un plazo de vigencia acorde con la cantidad de bienes o la capacidad prestacional de los servicios disponibles, o informar de modo preciso y destacado sobre estas circunstancias. El oferente está obligado a mantener la oferta durante el plazo de vigencia antes indicado. En consecuencia, de mediar aceptación en tal plazo, el contrato quedará perfeccionado. La oferta sólo puede retirarse antes de que hubiera llegado a conocimiento de los consumidores. Quedan exceptuadas de este régimen, las ofertas que se hagan por medios que solo

(35) RUSCONI, Dante, *Manual de derecho del consumidor*, cit., p. 316.

(36) KLEIN VIEIRA, Luciane, *Protección internacional del consumidor*, cit., p. 60.

(37) *Ibíd.*

pueden ser conocidas por el consumidor concurriendo al local comercial.

## II.5. Garantías contractuales

No encontramos a nivel mercosuriano normas relativas a las garantías legales (38), pero sí a garantías contractuales.

Primero, se adoptó la resolución 127/96 GMC Mercosur, referida a garantías contractuales de la comercialización de bienes y servicios (39), que fuera sustituida por la resolución 42/98 aprobada en Río de Janeiro el 8/12/1998 (40).

La resolución 42/1998 GMC Mercosur establece: “el certificado de garantía deberá contener como mínimo las siguientes informaciones: a. Identificación de quien ofrece la garantía; b. identificación del fabricante o importador del producto o prestador de servicio; c. identificación precisa del producto o servicio con sus especificaciones técnicas; d. condiciones de validez de la garantía, su plazo y coberturas, especificando las partes del producto o servicio que serán cubiertas por la garantía; e. domicilio y teléfono, en el país de consumo, de quienes estén obligados contractualmente a prestar la garantía; f. condiciones de reparación del producto o servicio, con especificación del lugar en donde se efectivizará la garantía; g. costos a cargo del consumidor, si los hubiese, y h. lugar y fecha de provisión del producto o servicio al consumidor”.

Ello implica que los certificados de garantía deben: ser escritos, en el idioma del país de consumo, español o portugués, también pueden estar en otros idiomas, ser de fácil comprensión con letra clara y legible e informar al consumidor sobre el alcance de la garantía. Como requisitos mínimos, el certificado de garantía debe tener: identificación de quién ofrece la garantía, identificación del fabricante o importador del producto o prestador de servicio, identificación del producto o servicio con sus especificaciones técnicas, condiciones de validez de la garantía,

su plazo y cobertura, identificación de las partes del producto o servicio que serán cubiertas por la garantía, domicilio y teléfono, en el país de consumo, de quienes estén obligados a prestar la garantía, condiciones de reparación del producto o servicio y el lugar en donde se realizará, si existen los costos a cargo del consumidor y lugar y fecha de provisión del producto o servicio al consumidor (41).

En el Anteproyecto encontramos el art. 54:

• Art. 54.— *Certificado de garantía de cosas muebles*. El certificado de garantía debe respetar las condiciones de formalización previstas en el artículo 39, primer párrafo, y contendrá como mínimo: 1. La identificación del vendedor o comercializador, fabricante, importador o distribuidor responsable de la misma. Cuando el vendedor o comercializador no notificara al fabricante o importador la entrada en vigencia de la garantía de una cosa, la misma comenzará a regir desde la fecha del documento de venta; 2. La identificación de la cosa con las especificaciones técnicas necesarias para su correcta individualización; 3. Las condiciones de uso, instalación y mantenimiento necesarias para su funcionamiento; 4. Las condiciones de validez de la garantía y su plazo de extensión; 5. Las condiciones de reparación de la cosa con especificación del lugar donde se hará efectiva. En caso de ser necesaria la notificación al fabricante o importador de la entrada en vigor de la garantía, dicho acto estará a cargo del vendedor. La falta de notificación no libera al fabricante o importador de la responsabilidad solidaria que pudiera corresponder. Cualquier cláusula cuya redacción o interpretación contraríen las normas del presente artículo es nula y se tendrá por no escrita.

Sobre el *recall*, la resolución 1/2010 GMC Mercosur, en su art. 1 establece que “los proveedores de productos o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad o nocividad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades nacionales competentes del país que se trate y a los consumidores y usuarios

(38) El art. 2° de la resolución 42/1998 dice que “la Garantía Legal de los productos y servicios continuará siendo objeto de armonización entre los Estados Partes”.

(39) KLEIN VIEIRA, Luciane, *Protección internacional del consumidor*, cit., p. 59.

(40) *Ibidem*.

(41) <http://www.derechofacil.gob.ar/leysimple/mercosur-defensa-del-consumidor/> (visitado 22/1/2019).

del mismo, mediante anuncios publicitarios, sin perjuicio de otras medidas que cada Estado Parte pueda determinar”.

## II.6. Comercio electrónico

Existe a nivel Mercosur una regulación especial para las relaciones de consumo realizadas a través de Internet. Se trata de la resolución 21/2004 GMC Mercosur (42), sobre relaciones de consumo realizadas a través de Internet (43).

Sobre el deber de información en estos casos se exige que se expresen: las características del producto o servicio ofrecido conforme a su naturaleza, la disponibilidad del producto o servicio ofrecido, las condiciones de contratación y, en su caso, las restricciones y limitaciones aplicables, el modo, plazo, condiciones y responsabilidad por la entrega, los procedimientos para cancelar la contratación, el acceso completo a los términos del contrato antes de confirmar la transacción, el procedimiento para la devolución, intercambio y la información sobre la política de reembolso, indicándose plazo y cualquier otro requisito o costo que se derive del mencionado proceso, el precio, la moneda, las modalidades de pago, el valor final, el costo del flete y cualquier otro monto relacionado con la contratación, dejando expresa constancia que los posibles tributos de importación que resulten aplicables, no se encuentran incluidos en el mismo, las advertencias sobre los posibles riesgos del producto o servicio que se ofrezca, el procedimiento para modificar el contrato, cuando ello fuere posible.

La información debe ser brindada en los dos idiomas oficiales del Mercosur, español y portugués, cuando el proveedor realice transacciones con consumidores de alguno de los Estados Parte cuyo idioma sea distinto al del país de radicación del proveedor.

Además de la información en cuestión, el proveedor está obligado a proporcionar al consumidor en su sitio en Internet, en forma clara,

precisa, y de fácil acceso, al menos, la siguiente información: denominación completa del proveedor, domicilio y la dirección electrónica del proveedor, número telefónico de servicio de atención al cliente y, en su caso, número de fax y/o correo electrónico, identificación del proveedor en los registros fiscales y/o comerciales que correspondan, identificación de los registros de aquellos productos sujetos a sistemas de autorización previa, plazo, extensión, características y condiciones a la que estará sujeta la garantía legal y/o contractual del producto según corresponda, copia electrónica del contrato, nivel de seguridad utilizado para la protección permanente de los datos personales, política de privacidad aplicable a los datos personales, métodos aplicables para resolver controversias, si estuvieran previstos, lenguas ofrecidos para la celebración del contrato.

Además del contenido mínimo del deber de información recién detallado se consagra también el derecho del consumidor a “corregir errores de introducción de datos antes de efectuar la transacción y un mecanismo de confirmación expresa de la decisión de efectuar la transacción, a efectos de que el silencio del consumidor no sea considerado como consentimiento”. Por último, el proveedor está obligado a indicarle al consumidor en el sitio de Internet un modo de consulta electrónico de la legislación de defensa al consumidor que le es aplicable a aquél, una dirección electrónica del organismo nacional de aplicación de ella, y la eventual referencia a códigos de conducta a los que estuviera adherido.

En el Anteproyecto señalamos los art. 71 a 75:

- Art. 71.— *Equiparación de derechos*. En el ámbito de la contratación electrónica se reconoce y garantiza un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en otras modalidades de comercialización propuestas por un proveedor respecto de un consumidor.

- Art. 72.— *Información al consumidor*. En las diferentes etapas de la contratación electrónica se exige que el consumidor sea informado con el estándar más elevado que sea posible, a fin de lograr que resulte plenamente consciente de sus derechos y de sus obligaciones. A estos

(42) KLEIN VIEIRA, Luciane, *Protección internacional del consumidor*, cit., p. 60.

(43) [https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/RES\\_021-2004\\_ES\\_DerInfConsumidorTransaComInternet.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/RES_021-2004_ES_DerInfConsumidorTransaComInternet.pdf).

fines, se ponderará el grado de vulnerabilidad del consumidor.

- Art. 73.— *Portales de venta o subasta online.* De conformidad con las reglas de conexidad, la exención de responsabilidad del operador electrónico sólo será posible cuando: 1. No ha desempeñado un rol activo en la operación jurídica-económica, limitándose a proporcionar únicamente un foro de transacciones, informando ello de forma clara, destacada y fácilmente comprensible; 2. No ha generado una particular confianza en el consumidor.

- Art. 74.— *Otros derechos del consumidor.* En la contratación a distancia, además de los derechos enunciados en esta ley y en las normas con las que se integra en miras de la más adecuada protección del consumidor, éstos cuentan con los derechos a: 1. Exigir la entrega de los bienes o prestación de los servicios en un plazo máximo de treinta (30) días, a partir de la celebración del contrato, salvo acuerdo de las partes; 2. Consentir sólo de modo expreso todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual. Si el proveedor no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor tendrá derecho al reembolso de dicho pago; 3. Revocar la aceptación en los términos del artículo 1110 y concordantes del Código Civil y Comercial; 4. Acceder a la jurisdicción correspondiente a su domicilio real o legal en caso de conflicto con el proveedor.

- Art. 75.— *Traslación del riesgo.* Cuando el proveedor envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro se transmitirá a éste a partir del momento en que él o un tercero por él indicado, distinto de transportista, los haya recibido. No obstante, el riesgo se trasladará al consumidor con la entrega al transportista en caso de que haya sido el consumidor el que, en exclusiva, encomendara el traslado. Todo ello sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista.

- Art. 76. *Rescisión por medio electrónico.* Cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o

similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación u otro disponible. A partir de la solicitud de rescisión, el proveedor de servicios dentro de las 24 (veinticuatro) horas subsiguientes y por el mismo medio telefónico o electrónico, deberá informar al consumidor el número de código de identificación o registración de la baja solicitada. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario.

Según el “Estudio de Comercio electrónico 2017”, última edición publicada a la fecha del presente capítulo, en dicho año la facturación en comercio electrónico llegó a un monto de \$ 156.300 millones de pesos (un 52% más que el año anterior) y el 90% de los adultos argentinos que disponen de conexión a internet ya compró online al menos una vez (44).

Las fuentes del Anteproyecto en este tema incluyen a las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (45), la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre “Determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior”, del 8 de Junio de 2000 (46), la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 (47), precedentes jurisprudenciales nacionales (48) y documentos de *soft-law* provenientes de OCDE (49) y CNUCED (50), como

(44) Cámara Argentina de Comercio Electrónico, <https://www.cace.org.ar/estadisticas>.

(45) [https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditcplpmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditcplpmisc2016d1_es.pdf).

(46) <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/eu/eu107es.pdf>.

(47) <https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>.

(48) Especialmente CNCom., sala D, “Kosten, Esteban c. Mercado Libre S.R.L. s/ordinario”, reg. 34503/2014, disponible en: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/077/865/000077865.pdf>.

(49) <http://www.oecd.org/internet/consumer/proteccion-al-consumidor-en-el-comercio-electronico.pdf>.

(50) [https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/cicplpd9\\_es.pdf](https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/cicplpd9_es.pdf).

el proveniente del IGE en Derecho y Política de Protección del Consumidor”.

### III. Conclusiones

Los autores del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor citan en su fundamentación a las normas mercosurianas como parte de sus fuentes (51).

El Mercosur, ese “sueño” o “pesadilla” para unos o para otros cumplirá pronto sus 30 años. Es la quinta economía mundial, con una superficie de 12.8 millones de km cuadrados y una población de 275 millones de personas. Cuenta con las más importantes reservas hídricas, petroleras y minerales del mundo (52).

A fines de 2018 el futuro del Mercosur parecía preocupante. Paulo Guedes, ministro del gobierno electo en 2018 en Brasil manifestaba que: “El Mercosur no es una prioridad”. Dicha expresión fue interpretada como una advertencia del mayor socio del bloque respecto a que la estructura del bloque ha demostrado ser lenta y pesada y que las negociaciones comerciales de hoy deben ser más flexibles.

Ello implicaría, para algunos, poder negociar acuerdos individuales, tal como Uruguay viene solicitando desde hace tiempo y que no está autorizado en el texto del tratado (53). Un representante del gobierno uruguayo (54) llegó incluso a manifestar a la prensa, a fines de 2018, la idea de transformar el Mercosur de una unión aduanera (55) en una zona de libre comercio (56).

El gobierno argentino, si bien no lo expresa abiertamente, parece consciente de que la rigidez del bloque es una determinante clave de demora

de la obtención del acuerdo UE-Mercosur, uno de sus principales objetivos de política exterior (57).

En el sector privado se manifiestan temores y confusión frente a la burocracia aduanera y de comercio exterior, los avances logrados por países vecinos (como Chile(58)), competidores en distintos mercados, y la falta de previsibilidad a corto, mediano y largo plazo, especialmente respecto de la carga impositiva (59).

Los académicos reconocen que el bloque necesita un rediseño. Pero destacan al mismo tiempo que esa necesidad es común a otros procesos de integración, dados los cambios que han operado recientemente y continúan operando en el mundo de manera constante.

En el contexto de nuestro análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor desde el punto de vista de las normas mercosurianas, no podemos olvidar que los procesos de integración surgen en el mundo contemporáneo como respuesta al acelerado proceso de globalización, que implica profundos efectos en muy diversos aspectos (60). Entre ellos claramente en la protección de los consumidores.

Otro punto a destacarse es el fenómeno de crecimiento de las iniciativas de *soft law* o fuentes blandas del Derecho y del “Derecho de textura abierta”. En ellas vemos que en realidad la actividad económica no se desarrolla en un vacío legal (61), sino que se desplazan los actores tradicionales de producción y aplicación del Derecho de tipo público, por actores privados, como es el caso del arbitraje comercial internacional y de los códigos de conducta (los cuales, aun careciendo de validez legal, se van transformando en obligatorios por parte de grupos específicos que los van incorporando como criterios de actuación) (62).

(51) Como las resoluciones del Mercosur 124/1996, 125/1996, 01/2010.

(52) ELIZONDO, Marcelo, “Con nuevo presidente, Brasil impone cambios en la agenda del comercio exterior”, *La Nación*, Comercio Exterior, 10/1/2019, p. 3.

(53) MANZONI, Carlos, “El Mercosur en la era Bolsonaro: qué necesita el bloque para sobrevivir”, *La Nación Economía*, 4/11/2018, p. 2.

(54) El ministro de Economía y Desarrollo.

(55) La cual no se logró aún.

(56) “Uruguay duda de que sea posible cerrar el acuerdo UE-Mercosur”, *La Nación*, 8/12/2018, en: <https://www.lanacion.com.ar/2200546-uruguay-duda-de-que-sea-posible-cerrar-el-acuerdo-ue-mercador>.

(57) VICCHI, Alejandro, “Radiografía COMEX, 2019 un año clave para las relaciones comerciales”, *La Nación*, Comercio exterior, 3/1/2018, p. 4.

(58) Cuarto destino de las exportaciones argentinas, según MONDINO, Diana, “Las ventajas de los acuerdos internacionales”, *La Nación*, Comercio Exterior, 27/12/2018, p. 3.

(59) VICCHI, Alejandro, “Radiografía COMEX...”, cit.

(60) ZUCCHERINO, Daniel R. - MITELMAN, Carlos O., *Derecho económico empresarial*, Errepar, Buenos Aires, 2000, p. 15.

(61) *Ibidem*, p. 12.

(62) RUEDA ROMERO, Paulino, “Filosofía y globalización del Derecho”, en: <http://www.derecho.usmp.edu>.



Encontramos en los últimos años, tanto en Europa como en EE.UU. y en Latinoamérica reflexiones en torno a la relación de la globalización y el derecho (63). El tema de la globalización ha inquietado a los teóricos del derecho en distintos aspectos. En primer lugar, la preocupación gira en torno a los efectos que la globalización está generando en el ámbito jurídico interno de los Estados nacionales. Pero también han surgido debates respecto del rol que el derecho debe jugar en la regulación de la globalización y en lo referente a las repuestas jurídicas que deben darse a los novedosos desafíos que se les presentan a los sistemas jurídicos contemporáneos (64).

Entre dichos desafíos, la protección de los derechos de los consumidores continúa siendo vigente y prioritaria.

Así se vio claramente en la segunda edición de la Cumbre del Consumidor del G20, realizada al año pasado en Buenos Aires, organizada por las autoridades nacionales de nuestro país y la ONG Consumers International.

---

*pe/instituto/revista/articulos/Filosofia\_y\_la\_Globalizacion\_del\_Derecho.pdf.*

(63) GROSSI, Paolo, citado por GRUN, Ernesto, “Las globalizaciones jurídicas”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36, nro. 105, ps. 323-339, Medellín, Colombia, julio-diciembre de 2006..

(64) RUEDA ROMERO, Paulino, “Filosofía y globalización del Derecho”, cit.

Con la participación de representantes de organizaciones internacionales como la OEA, OCDE, UNICEF, OMS (entre otras) y de entidades públicas, privadas y universidades de los países del G20 se debatieron temas tales como la vulnerabilidad de los consumidores en el mundo digital, particularmente de los niños y personas de edad avanzada, también cuestiones ligadas a la seguridad de productos y otros temas no tan tradicionales, pero de gran impacto social, como el desperdicio de alimentos.

Por nuestra parte, nos mantenemos optimistas. En el campo de la defensa de los consumidores, el Mercosur continúa activo y nos brinda propuestas vanguardistas y concretas.

Como conclusión final, adherimos a la reflexión de Nicolau sobre que “no hay dudas de que las profundas crisis por las que atraviesa de tanto en tanto nuestro incipiente Mercado Común del Cono Sur demoran su consolidación. Aun así, creemos que continúa siendo la única posibilidad para enfrentar con algún éxito la globalización y que, por tanto, es posible y necesario continuar trabajando para sentar las bases de la armonización del derecho en la región” (65).

---

(65) NICOLAU, Noemí L., “El Mercosur como instrumento de cambio en el derecho interno: el caso de la defensa del consumidor”, cit.



# Análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentino desde la perspectiva del Mercosur

---

LUCIANE KLEIN VIEIRA (\*)

## I. Introducción

El Mercado Común del Sur (Mercosur) es un esquema de integración creado por el Tratado de Asunción, el 26 de marzo de 1991. Constituido inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay como Estados Partes, desde el 12 de agosto de 2012 cuenta con Venezuela, en la condición de miembro pleno. Sin embargo, el país referido se encuentra actualmente suspendido de la participación en el bloque, por incumplimiento de la cláusula del compromiso democrático, prevista en el Protocolo de Ushuaia.

Como es de conocimiento, el Mercosur nació con la intención de un día tornarse un mercado común, en donde subsistan las cuatro libertades de circulación (bienes, servicios, personas y capitales) y estén sincronizadas las políticas macroeconómicas en la zona, en los más distintos sectores. Para ello, necesita de reglas claras, resultado de la armonización legislativa llevada

a cabo entre los Estados, para poner en práctica los objetivos económicos propuestos.

En este escenario, adquiere especial relieve el Derecho del Consumidor, pilar de gran importancia para la implementación de las primeras libertades de circulación —mercaderías y servicios—, aunque no haya sido previsto de forma expresa cuando de la firma del Tratado de Asunción, que se limitó simplemente a hacer una referencia genérica a la ampliación de la oferta y calidad de bienes y servicios, a fin de mejorar las condiciones de vida de los habitantes de la región.

Sobre el tema, ya en los '90, Gabriel A. Stiglitz advertía que, en el Mercosur, la armonización legislativa sobre distintos aspectos de la defensa del consumidor debe tener el objetivo de alcanzar un alto nivel de protección. “Se trata de un recaudo insoslayable para el funcionamiento de la integración económica y la libre circulación de mercaderías intracomunitaria. Ello resultaría impracticable mediando diferentes niveles de protección de cada Estado, en orden a estándares de información, calidad y seguridad sobre los productos y servicios, a los respectivos sistemas de garantías y responsabilidades, etc. (...). Si las medidas de protección de las cuales se benefician los consumidores de un país determinado, no son equivalentes en los otros países miembros, y tampoco a nivel comunitario se acuerda un grado igualmente elevado de protección, entonces, del proceso de integra-

---

(\*) Profesora investigadora del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/Brasil). Jefe de Trabajos Prácticos en Derecho de la Integración, en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctora en Derecho y Magíster en Derecho Internacional Privado por la UBA. Magíster en Derecho de la Integración Económica por la Universidad del Salvador (USAL) y Université Paris I - Panthéon Sorbonne. Directora para el Mercosur del Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON).

ción económica, resultaría una pérdida para aquellos consumidores, que se verían mejor protegidos en su orden jurídico nacional” (1).

De este modo, desde el 23 de abril de 1994, a partir de la firma de una declaración conjunta por los Ministros de Economía de los Estados, en la cual expresaron el deseo de acercar las legislaciones en materia de competencia y defensa del consumidor (2) el esquema de integración viene inclinándose en la búsqueda del establecimiento de normas sobre la materia.

Así, a fin de lograr el objetivo de la armonización legislativa, buscando los puntos de contacto en el derecho interno de los Estados Partes, fue creado el Comité Técnico nro. 7 (CT nro. 7), el 15 de febrero de 1995. Este órgano pasó a ser el responsable por el establecimiento de propuestas de armonización legislativa y uniformidad de políticas en materia de defensa del consumidor, en el bloque. Para ello, cuenta con el apoyo de los órganos nacionales de aplicación, en la materia.

En los primeros años de existencia del CT nro. 7, muchas normas fueron creadas, sobre todo respecto al derecho material del consumidor, por medio de resoluciones, aprobadas por el Grupo del Mercado Común (GMC).

Cabe destacar que la primera opción del Comité referido, ante la falta de normativas en la región —sobre todo en el derecho de fuente interna de Uruguay y Paraguay, dado que Brasil (1990) y Argentina (1993) ya contaban con legislación en materia de defensa del consumidor—, fue trabajar en la armonización del derecho material o substancial. Posteriormente, las atenciones a menudo fueron volcadas en temas que involucraban a la protección internacional del consumidor —especialmente vinculados al Derecho Internacional Privado—, considerando que la libre circulación de mercaderías, los avances tecnológicos y las facilidades deriva-

das de la comunicación y de la masificación del transporte hicieron que las relaciones de consumo ultrapasaran las fronteras nacionales (3).

En lo que nos interesa, en este estudio, volcamos nuestra atención a las normas del derecho material, creadas por el CT nro. 7. Aunque muchas de ellas no hayan entrado en vigencia — como lo veremos en adelante —, terminaron por influenciar sobremanera a la elaboración del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, de Argentina, presentado a fines del 2018 (4), sin desmedro de ya haber servido de fuente para la elaboración de proyectos de ley anteriores (5).

## II. El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor del 2018

Conforme referido anteriormente, el 6 de diciembre de 2018, la Comisión de juristas integrada por Gabriel Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D'Archivio, M. Belén Japaze, Leonardo Lepíscopo, Sebastián Picasso, C. Gonzalo Sozzo, Carlos Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Wajtraub, coordinada por Carlos A. Hernández, elevó a los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Producción y Trabajo de la Nación Argentina el texto del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor.

La idea del Anteproyecto es la de reemplazar a la ley 24.240, hoy vigente, en un intento de modernizar, adaptar, actualizar y revisar la legislación referida, siguiendo incluso a los padrones internacionales en la materia.

(3) Sobre el tema, ver: KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor...*, ps. 143-203.

(4) Es interesante referir que las normas creadas en el seno del Mercosur, en los 90, en materia de derecho del consumidor, terminaron por despertar el interés de Paraguay y Uruguay, principalmente, en elaborar una legislación específica para la protección del consumidor, la cual, hasta entonces, no existía. En este sentido, hubiese sido un trabajo aparentemente perdido si no fuese por la importante repercusión que representaron para las legislaciones de derecho del consumidor de fuente interna. (MARQUES RIBEIRO, Bruno - ZORZI ZORDAN, Fernando Henrique, “A necessidade da harmonização legislativa no Mercosul para a proteção jurídica do consumidor”, en MENEZES, Wagner (coord.), *Estudos de Direito Internacional - Anais do 4º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, vol. VI, Curitiba: Juruá, 2006, p. 469).

(5) MARQUES RIBEIRO, Bruno - ZORZI ZORDAN, Fernando H., “A necessidade da harmonização...”, cit.

(1) STIGLITZ, Gabriel A. “El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur”, en LL 1995-B-1372.

(2) Sobre esta cuestión ver: BOURGOIGNIE, Thierry, “Integración regional y la protección del consumidor en las Américas y en Europa”, en BOURGOIGNIE, Thierry (dir.), *Intégration économique régionale et la protection du consommateur*, Éditions Yvon Blais, Cowansville-Québec, 2009.

Para su confección, los proponentes se basaron en diversos textos legislativos, de fuente interna e internacional, tal como se ve en la explicación de los fundamentos del Anteproyecto: “entre otras fuentes, se han consultado especialmente las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor; las res. del Mercosur 124/96, 125/96, 01/10; el Código de ‘Defesa do Consumidor’ de Brasil; el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España; y diversas leyes latinoamericanas” (6).

En este sentido, tratase de un texto denso, de destacable rigor técnico, compuesto por 186 artículos, respecto a los cuales haremos especial referencia a la influencia ejercida por las normas del Mercosur, que se traen a colación, en su redacción final.

### III. Las normas del Mercosur que influyeron en la elaboración del Anteproyecto de 2018

Con relación al tema, abordaremos, en primer lugar, res. 124/1996, 125/1996 y 1/2010, expresamente nombradas por la Comisión redactora del Anteproyecto. Sin embargo, igualmente serán traídas a colación, debido a su importancia para este análisis, las res. 21/2004 y 34/2011. Veamos:

#### III.1. La resolución 124/1996 y los derechos básicos del consumidor

El 13 de diciembre de 1996, en Fortaleza, el GMC aprobó cinco resoluciones, propuestas por el CT nro. 7, con el objetivo de que estas integrasen el Reglamento Común de Defensa del Consumidor, que se encontraba en fase de elaboración.

Así, en la ocasión, fueron aprobadas las normativas a seguir referidas: la res. 123/1996, que trae normas unificadas sobre la calificación de consumidor, proveedor, relación de consumo, producto y servicio; la res. 124/1996 (7), que contiene una lista no exhaustiva de derechos

básicos del consumidor; la res. 125/1996 (8), que trae normas sobre el nivel de calidad, riesgos, salud y seguridad de productos y servicios puestos a disposición en el mercado, más allá de abordar el tema del deber de informar al consumidor sobre estos riesgos; la res. 126/1996 (9), que trata la cuestión del régimen de publicidad engañosa y publicidad comparativa; y la res. 127/1996 (10), que trae normas sobre garantía contractual, pero no sobre garantía legal de productos y servicios.

No obstante la aprobación de estas Resoluciones, en la reunión realizada en 1996, ninguna de ellas entró en vigor (11), pues dependían de la aprobación del Reglamento Común de Defensa del Consumidor (12), que nunca ha obtenido aprobación y tampoco vigencia (13).

(8) Defensa del Consumidor - Protección a la Salud y Seguridad del Consumidor (Mercosur/GMC/res. 125/1996). Disponible en: [http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3093/2/innova.front/resoluciones\\_1996](http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3093/2/innova.front/resoluciones_1996), consultado el 3/2/2019 (no vigente).

(9) Defensa del Consumidor - Publicidad (Mercosur/GMC/res. 126/1996). Disponible en: [http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3093/2/innova.front/resoluciones\\_1996](http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3093/2/innova.front/resoluciones_1996), consultado el 3/2/2019 (no vigente).

(10) Defensa del Consumidor - Garantía Contractual (Mercosur/GMC/res. 127/1996). Disponible en: [http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3093/2/innova.front/resoluciones\\_1996](http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3093/2/innova.front/resoluciones_1996), consultado el 3/2/2019 (no vigente).

(11) La res. 127/1996 fue la única que sobrevivió al fin del Reglamento Común, luego fue reprochada, en forma individual, en diciembre de 1998. De esta manera, las demás Resoluciones nunca llegaron a entrar en vigor y ya no poseen condiciones para esto, una vez que el Proyecto de Protocolo Común fue abandonado. (LIMA MARQUES, Cláudia, “Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse”, en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 32. Out./Dez, 1999, p. 28).

(12) Sobre el tema, ver: LIMA MARQUES, Cláudia, “Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul - Primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor”, en *Revista de Direito do Consumidor*, nros. 23-24. Jul./Dez, 1997, ps. 79-103; LIMA MARQUES, Cláudia. “Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor - crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor”, en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 26, Abr./Jun., 1998, ps. 53-76.

(13) El 29 de noviembre de 1997, fue firmado el Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur, el cual fijaba pautas máximas y unificadas de protección en los cuatro países que entonces componían el bloque. El texto disciplinaba el derecho material del consumidor,

(6) “Edición Especial: Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en LL del 17/12/2018, p. 2.

(7) Defensa del Consumidor - Derechos Básicos (Mercosur/GMC/res. 124/1996). Disponible en: [http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3093/2/innova.front/resoluciones\\_1996](http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3093/2/innova.front/resoluciones_1996), consultado el 3/2/2019 (no vigente).

De este modo, la res. 124/1996 —expresamente nombrada por la Comisión redactora del Anteproyecto como fuente para su elaboración— indica como derechos básicos del consumidor: “I - protección de la vida, de la salud y seguridad contra los riesgos provocados por prácticas en el suministro de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos; II - educación y divulgación sobre el consumo adecuado de productos y servicios, garantizada la libertad de elección y el trato igualitario en la contratación; III - información suficiente y veraz sobre los distintos productos y servicios; IV - protección contra la publicidad engañosa, métodos comerciales coercitivos o desleales, en el suministro de productos y servicios; V - efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y

sin hacer mención a ningún instrumento normativo procesal que pudiera efectivizar tales derechos. “El Proyecto referido fue blanco de severas críticas, principalmente por parte del gobierno brasileño y de la doctrina. Buscando unificar el derecho del consumidor en el bloque, aseguraba a los consumidores derechos muy inferiores a los que asegura la legislación brasileña, lo que representaría un verdadero retroceso en la historia de la defensa del consumidor en Brasil. Por ello, en Montevideo, en los días 9 y 10 de diciembre de 1997, el Protocolo fue rechazado, en razón de la fundada resistencia, ejercida principalmente por parte de Brasil. Una vez rehusado el Proyecto de Protocolo, todas las Resoluciones anteriores, las cuales constituirían Capítulos del Reglamento Común perdieron eficacia y así, jamás llegaron a entrar en vigencia, conforme a lo mencionado anteriormente. Desde entonces, el CT nro. 7 recondujo sus trabajos hacia la elaboración de un instrumento común que contuviera un conjunto de directrices mínimas y no una regla extensiva y exhaustiva como el Reglamento analizado.” (KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor...*, cit., ps. 171-172). Sin embargo, la Secretaría Técnica del Mercosur sostuvo, en documento publicado recientemente, que las resoluciones que no requieren incorporación, como sería el caso de la res. 124/1996, en comento, se encuentran en plena vigencia. (Ver: Anexo VI del Acta nro. 3/2018 del CT nro. 7, p. 12, referente al seguimiento dado por la Secretaría al cumplimiento del Plan de Acción para la elaboración del Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur. Disponible en: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreunionanexos/CT7\\_2018\\_ACTA03\\_ANE06\\_ES\\_PresentEstatutoCiudadania-SM.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreunionanexos/CT7_2018_ACTA03_ANE06_ES_PresentEstatutoCiudadania-SM.pdf), consultado el 18/2/2019). Pareciera que la Secretaría ha ignorado por completo lo dispuesto en el art. 5° de la resolución referida, conforme el cual: “Esta resolución solamente será incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales y entrará en vigencia luego de la conclusión del Reglamento Común sobre Defensa del Consumidor y de su respectivo Glosario”.

morales, relativos a los derechos individuales y colectivos o a los intereses difusos; VI - acceso a los órganos judiciales y administrativos, con vistas a la prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, relativos a los derechos individuales y colectivos o a los intereses difusos, a través de procedimientos ágiles y eficaces, asegurada la protección jurídica, administrativa y técnica a los necesitados; VII - asociación en organizaciones cuyo objetivo específico sea la defensa del consumidor y el derecho a ser representado por ellas; VIII - adecuada y eficaz prestación de los servicios públicos en general, por proveedores públicos o privados” (14).

Como se puede fácilmente verificar, la res. 124/1996 es el pedestal, es decir, la base o el fundamento material de la defensa del consumidor, en el bloque, en la medida en que reúne, en su breve articulado, de forma armonizada, los principales derechos del consumidor, que van desde la educación e información para el consumo, protección contra la publicidad engañosa, protección a la seguridad y a la vida, hasta la reparación de daños y el acceso a la justicia, sea por la vía judicial o administrativa. De este modo, perfectamente, se puede sostener que la norma, aunque no vigente, en la actualidad, contempla los postulados tuitivos que hoy se encuentran vigentes en el derecho interno de los cuatro Estados Partes originarios.

Asimismo, corroborando los derechos del consumidor previstos en la Resolución referida, el 15 de diciembre de 2000, en Florianópolis, fue dada a conocer la Declaración Presidencial Conjunta de Derechos Fundamentales de los Consumidores, en el Mercosur, en la cual se dejó constancia que los derechos humanos fundamentales incluyen a la defensa del consumidor. Conforme a la Declaración referida, son derechos fundamentales del consumidor mercosureño —ahora no solamente básicos, como referido en la res. 124/1996— los siguientes: “a) la protección eficaz de la vida, la salud, y la seguridad del consumidor y del medio am-

(14) GRASSI NETO, Roberto, “A política de proteção do consumidor no sistema de integração regional do Mercosul”, en LIMA MARQUES, Cláudia - MIRAGEM, Bruno (orgs.), *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Doutrinas Essenciais*, vol. I, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, ps. 1362-1363.

biente contra los riesgos provocados por prácticas en el suministro de productos y servicios; b) el equilibrio en las relaciones de consumo, asegurando el respeto a los valores de dignidad y lealtad, sobre la base de la buena fe, conforme la legislación de cada país; c) la provisión de servicios, tanto los públicos como los privados y productos en condiciones adecuadas y seguras; d) el acceso al consumo con libertad de elección, sin discriminaciones ni arbitrariedades; e) la efectiva prevención y reparación por daños patrimoniales y extrapatrimoniales al consumidor y la sanción de los responsables; f) la educación para el consumo y fomento en el Mercosur del desarrollo de entidades que tengan por objeto la defensa del consumidor; g) la información suficiente, clara y veraz; h) la protección contra la publicidad no permitida, conforme la legislación vigente en cada Estado Parte, de productos y servicios; i) la protección contra prácticas abusivas y métodos coercitivos o desleales; j) la protección contra cláusulas contractuales abusivas, conforme la legislación vigente en cada Estado Parte; k) la facilitación del acceso a los órganos judiciales, administrativos y a medios alternativos de solución de conflictos, mediante procedimientos ágiles y eficaces, para la protección de los intereses individuales y difusos de los consumidores” (15).

Como se observa, los derechos anteriormente contemplados en la res. 124/1996 fueron mantenidos y ampliados en 2000, en el instrumento de *soft law* referido, que incluso hizo hincapié en la necesidad de fomento al consumo sostenible, conforme había sido indicado por la revisión llevada a cabo, en 1999, de las Directrices de Naciones Unidas sobre Protección del Consumidor (16).

Actualmente, los términos de la resolución referida y de la Declaración en comentario fueron rescatados y expandidos en el Proyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor del Mercosur. El Proyecto fue presentado en la LXXXIII Reunión del CT nro. 7, realizada en los días 9 y 10 de noviembre de 2017, en

(15) Sobre el tema ver: GRASSI NETO, Roberto, “A política de proteção...”, cit.

(16) La versión actual de las directrices, del 2015, mantiene la preocupación con la producción y el consumo sostenibles.

Brasilia (17) y se encuentra en fase de análisis, estimándose que su aprobación esté concluida hasta el 31 de diciembre de 2019, conforme a la Agenda de Trabajo del CT nro. 7, para el año en referencia (18). Igualmente, para la fecha en destaque, se prevé la culminación de las negociaciones alrededor de la elaboración de un Capítulo de Derechos Fundamentales de los Consumidores, para su incorporación al Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur (19).

### III.2. La resolución 125/1996, la salud y seguridad del consumidor

Conforme ya se ha referido, en la misma reunión del CT nro. 7 ocurrida en Fortaleza, a fines

(17) El texto completo del Proyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor del Mercosur consta en el Acta nro. 4/2017 del CT nro. 7, Anexo IV.

(18) La Agenda puede ser consultada en el Anexo VII del Acta nro. 4/2018, aprobada en la LXXXVII Reunión Ordinaria del CT nro. 7, llevada a cabo en Montevideo, en los días 15 y 16 de noviembre de 2018. Disponible en: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/prograbpres/CT7\\_2018\\_ACTA04\\_ANE07\\_ES\\_ProgramaTrabajo2019.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/prograbpres/CT7_2018_ACTA04_ANE07_ES_ProgramaTrabajo2019.pdf), consultado el 18/2/2019.

(19) “El 16 de diciembre de 2010, se aprobó la decisión nro. 64, que contempla el Plan de Acción, con medidas y procedimientos pertinentes, en las más diversas esferas, para la elaboración del Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur. Conforme los considerandos de la Decisión, es necesario atribuir un enfoque multidimensional a la integración y ‘consolidar un conjunto de derechos fundamentales y beneficios en favor de los nacionales de los Estados Parte del Mercosur y establecer un Plan de Acción para la conformación progresiva de un Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur, con miras a su plena implementación en el trigésimo aniversario de la firma del Tratado de Asunción’. La meta *supra* mencionada viene reiterada en el art. 7º de la decisión referida, que además de indicar el plazo para la conclusión del Estatuto, que culminaría el 26 de marzo de 2021, determina que el mismo podrá ser instrumentado mediante la firma de un protocolo internacional que incorpore el concepto de ‘ciudadano del Mercosur’ y forme parte del Tratado de Asunción. De este modo, entre los diversos temas en los cuales el Plan de Acción hace hincapié, el art. 2º, apartado 10, prescribe que debe ser creado un Sistema Mercosur de Defensa del Consumidor, compuesto por: a) un Sistema Mercosur de Información y Defensa del Consumidor; b) una acción regional de capacitación, representada por la creación de la Escuela Mercosur de Defensa del Consumidor; y c) la elaboración de una norma Mercosur aplicable a los contratos internacionales de consumo” (KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor...*, cit., ps. 182-183).

del 1996, se aprobó la res. 125, que igualmente debería integrar el Reglamento Común de Defensa del Consumidor (20), proyecto abandonado por el Mercosur.

La res. 125/1996, destinada a temas vinculados a la protección de la salud y seguridad del consumidor, trató de insertar en la normativa del bloque cuestiones de considerable importancia, tales como la adecuación de los productos y servicios ofrecidos en el mercado, la información al consumidor, la necesidad de *recall* para los productos nocivos o peligrosos ya introducidos en el mercado y la comunicación del *recall* entre los Estados Partes, objetivando dar transparencia y visibilidad a este llamado.

De este modo, dispuso que los productos y servicios no podrán ofrecer riesgos para la salud o seguridad de los consumidores, excepto los considerados normales y previsibles (21) por su naturaleza y utilización, evitando, igualmente, la puesta a disposición de productos o servicios que presentan un alto grado de nocividad y peligrosidad.

Además, obligó a que los proveedores de bienes y servicios suministren a los consumidores

(20) La res. 125/1996 tampoco se encuentra vigente, en virtud de lo dispuesto en su art. 3º, conforme el cual: "Esta resolución solamente será incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales y entrará en vigencia luego de la conclusión del Reglamento Común sobre Defensa del Consumidor y de su respectivo Glosario". Ignorando esta determinación, tal como ya hemos adelantado, recientemente, la Secretaría del Mercosur ha indicado que la Resolución referida se encuentra vigente, por no necesitar internalización al derecho de los Estados Parte. (Anexo VI del Acta nro. 3/2018 del CT nro. 7, p. 12, referente al seguimiento dado por la Secretaría al cumplimiento del Plan de Acción para la elaboración del Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur. Disponible en: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreunionanexos/CT7\\_2018\\_ACTA03\\_ANE06\\_ES\\_PresentEstatutoCiudadania-SM.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreunionanexos/CT7_2018_ACTA03_ANE06_ES_PresentEstatutoCiudadania-SM.pdf), consultado el 18/2/2019.)

(21) La resolución referida, en su literal III, dispuso que: "todos los bienes y servicios, cuya utilización pueda suponer un riesgo, de aquellos considerados normales y previsibles por su naturaleza y utilización, para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios deben comercializarse observando las normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos". De este modo, vinculó el cumplimiento de la disposición a las normas de seguridad existentes en el derecho interno de cada Estado Parte.

información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los productos, conforme a su naturaleza. En este sentido, determinó que los proveedores de productos o servicios peligrosos o nocivos deberán informar, de forma ostensible y adecuada, respecto a su peligrosidad o nocividad, entre otras medidas que deban ser tomadas ante el caso concreto.

Por fin, respecto al *recall*, la res. 125/1996 insertó la preocupación con la retirada de los productos nocivos o peligrosos a la salud y seguridad del consumidor, ya introducidos en el mercado. En este sentido, determinó que los proveedores deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y también a los consumidores, por medio de anuncios publicitarios. En este caso, a fin de dar efectividad a este llamado, dado que el consumo, en el bloque, ultrapasa las fronteras nacionales, determinó que cuando un Estado tenga conocimiento de la peligrosidad de productos o servicios, deberá informarlo inmediatamente a los demás Estados Partes. Como se puede ver, ya en 1996, estuvo presente en el bloque la preocupación con la formación de una red de cooperación (22) internacional, de cuño administrativo, entre los Estados, destinada a intercambiar informaciones respecto al *recall* de productos y servicios nocivos o peligrosos, teniendo como objetivo final la ampliación de la protección al bienestar del consumidor.

(22) Es interesante referir que, en 2009, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó la Resolución sobre Protección del Consumidor (res. 2494/09), la cual recomendó la creación de mecanismos de cooperación entre los Estados, a fin de garantizar la salud y seguridad de los consumidores. Como corolario, en 2010, por medio de la Resolución sobre Protección al Consumidor - Red de Consumo Seguro y Salud (res. 2540/10), la Asamblea General determinó que la Secretaría General de la organización continuase los esfuerzos para la promoción de la defensa de los consumidores, especialmente por medio de la coordinación de actividades con los organismos nacionales de defensa del consumidor y demás organizaciones y, en lo que nos interesa, solicitó al órgano referido la construcción de un Sistema Interamericano de Alertas Rápidas sobre Seguridad de los Productos (SIAR). La primera fase de implementación del SIAR fue la construcción de la Red Consumo Seguro y Salud (RCSS), con el objetivo de dejar disponible, en un portal, los *recalls* de productos no alimenticios de los Estados y de las regiones. Para mayores informaciones, ver: [http://www.oas.org/pt/sla/rcss/sobre\\_a\\_rcss.asp](http://www.oas.org/pt/sla/rcss/sobre_a_rcss.asp), consultado el 19/2/2019.



### III.3. La resolución 1/2010 y el recall para productos nocivos o peligrosos

Dando seguimiento a lo determinado por la res. 125/1996 —teniendo en cuenta que no ha logrado entrar en vigencia—, en 2010, fue aprobada la res. 1, (23) la cual trata sobre la protección de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, obligando, en su art. 1º, a los proveedores de productos y servicios que tuvieren conocimiento de su peligrosidad o nocividad a comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades nacionales competentes y a los consumidores y usuarios, mediante anuncios publicitarios, en los mismos términos de la resolución antes referida.

Del mismo modo, la res. 1/2010 determinó que el Estado Parte que tuviere conocimiento fundado acerca de la peligrosidad o nocividad de algún producto o servicio, deberá comunicarlo a los demás Estados Partes. Sin embargo, introdujo algunas reglas especiales, respecto al soporte técnico de las informaciones brindadas, en su art. 2º, conforme se ve a continuación: “Cuando cualquier Estado Parte tenga conocimiento debidamente fundado de la peligrosidad o nocividad de productos o servicios para la salud o la seguridad de los consumidores y usuarios, con base en estudios o evaluaciones técnicas, deberá informarlo en forma inmediata a los demás Estados Partes. Se podrá remitir la información sin la fundamentación técnica correspondiente, cuando la comunicación de la nocividad o peligrosidad fuere realizada por el fabricante. Los Estados Partes tendrán la facultad de informar las investigaciones que estén instruyendo sobre los productos peligrosos o nocivos, con los antecedentes que estimen adecuados. En todos los casos, el Estado receptor evaluará la difusión de la información recibida”.

Pese a la importancia de las reglas insertadas y del objetivo de protección a la salud y seguridad del consumidor, la Resolución referida tampoco entró en vigencia, en la medida en que no hubo su incorporación al derecho interno

de los Estados Partes, hasta el 15 de octubre de 2010, conforme preveía su art. 5º.

Más recientemente, el GMC, el 6 de abril de 2017, en reunión realizada en Buenos Aires, aprobó la res. 4/2017 (24), respecto al Procedimiento sobre Alerta y Retiro de Productos y Servicios Considerados Potencialmente Nocivos o Peligrosos en el Mercosur. El órgano referido, para la construcción de la norma, tuvo en cuenta la necesidad de armonización de los procedimientos de alerta a los consumidores y el retiro de productos y servicios considerados potencialmente nocivos o peligrosos, como medidas destinadas a mejorar el seguimiento realizado por los organismos nacionales competentes y la fiscalización por los Estados Partes.

A fin de cumplir con ese objetivo, la Resolución determina que el proveedor debe comunicar lo ocurrido al órgano nacional de defensa del consumidor y a los órganos reguladores de su Estado Parte, tan pronto sepa de la peligrosidad o nocividad del producto o servicio insertado en el mercado, o se entere de su “potencial riesgo o nocividad”. Una vez recibida la comunicación, la autoridad nacional deberá informar inmediatamente a la autoridad de aplicación de los demás Estados Partes, por medio del Sistema Interamericano de Alertas Rápidas (SIAR), repasándoles informaciones detalladas respecto al producto, al defecto presentado, su ubicación geográfica, accidentes de consumo ocurridos, plan de divulgación en los medios, plan de atención al consumidor, entre otros aspectos.

Además, la norma prevé la obligación del proveedor de realizar informes periódicos a la autoridad de aplicación, con intervalos máximos de 60 días, en los cuales deberá informar la cantidad de productos o servicios efectivamente recogidos o reparados y su distribución geográfica. Asimismo, se exige la presentación de un informe final respecto a la cantidad de consumidores atendidos —mencionándose el

(23) Protección de la Salud y la Seguridad de Consumidores y Usuarios – Aspectos Operativos (Mercosur/GMC/res. 1/2010). Disponible en: [http://www.mercosur.int/innovaportal/v/1990/2/innova.front/resolucion\\_res\\_2010](http://www.mercosur.int/innovaportal/v/1990/2/innova.front/resolucion_res_2010), consultado el 19/2/2019.

(24) Procedimiento sobre Alerta y Retiro de Productos y Servicios Considerados Potencialmente Nocivos o Peligrosos en el Mercosur (Mercosur/GMC/res. 4/2017). Disponible en: [https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/RES\\_004-2017\\_ES\\_Proced%20alerta%20y%20retiro%20productos.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/RES_004-2017_ES_Proced%20alerta%20y%20retiro%20productos.pdf), consultado el 19/2/2019.

número y respectivo porcentaje—, con identificación de la forma en que ellos tomaron conocimiento del *recall*.

Por fin, en su art. 10, la res. 4/2017 deja en claro que el fin del alerta no exime al proveedor de su obligación de reparar y reemplazar de forma gratuita el producto o servicio objeto del *recall*.

Pese a la importancia de la resolución referida, que procura establecer un estándar común relativo a la seguridad de los productos y servicios en la región, la misma tampoco ha logrado entrar en vigencia, en virtud de su no internalización por todos los Estados, en el plazo asignado en el art. 3º, que finalizó el 6 de abril de 2018 (25).

Como se pudo observar, sobre todo respecto a estas resoluciones que regulan temas tan caros a la defensa de la salud y seguridad del consumidor, los Estados, en general, no han cumplido con los plazos asignados para la internalización. Esa desidia revela una falta de interés y de seriedad en el compromiso asumido cuando de la firma del Tratado de Asunción, que termina por dificultar la puesta en práctica de medidas de protección a la parte débil de la relación de consumo, destinatario final de la integración regional.

#### **III.4. La resolución 21/2004 y el comercio electrónico**

La globalización, la posibilidad de reducción de los costos operativos de las transacciones comerciales, la masificación del uso de la tecnología y de la comunicación y la búsqueda de las nuevas oportunidades de negocio trajeron un incremento en el intercambio de bienes y servicios realizados por medios electrónicos. Este escenario, en donde inicialmente no había reglas, fue el espacio perfecto para el Mercosur preocuparse en legislar, de modo a fomentar el uso del comercio electrónico para el crecimiento de oportunidades comerciales en la región, brindando, asimismo, un marco de seguridad jurídica a las transacciones realizadas por internet, sobre todo para el consumidor (26).

(25) En reunión del CT nro. 7, realizada en los días 6 y 7 de agosto de 2018, fue informado en acta que solamente la Argentina ha internalizado la res. 1/2010. Sin embargo, como la puesta en vigencia exige que todos los Estados la internalicen, la resolución quedó sin efecto.

(26) Sobre las primeras necesidades en términos de armonización de legislaciones, ver: PALAZZI, Pa-

Así, el 8 de octubre de 2004, el GMC aprobó, en Brasilia, la res. 21 respecto al Derecho a la Información del Consumidor en las Transacciones Comerciales Efectuadas a través de Internet (27).

Esta Resolución, que al contrario de las demás ha logrado entrar en vigencia, tiene el intuito de favorecer la confianza del consumidor en las operaciones realizadas por comercio electrónico. Así, prescribe en su art. 1º que debe garantizarse a los consumidores, durante todo el proceso de transacción comercial, el derecho a la información clara, precisa, suficiente y de fácil acceso sobre el proveedor del producto o servicio, sobre el producto o servicio ofertado, y respecto a las transacciones electrónicas involucradas.

De este modo, detalla, en sus arts. 2º (28) y 3º (29) cuáles son las informaciones que el

blo - PEÑA, Julián, “Comercio electrónico y Mercosur”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 17, Buenos Aires, 1998, ps. 419-441.

(27) “Derecho a la información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas a través de Internet” (Mercosur/GMC/res. 21/2004). Disponible en: [https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/RES\\_021-2004\\_ES\\_DerInfConsumidorTransaComInternet.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/RES_021-2004_ES_DerInfConsumidorTransaComInternet.pdf), consultado el 21/2/2019.

(28) Conforme el art. 2º de la resolución referida: “El proveedor deberá proporcionar al consumidor, en su sitio en internet, en forma clara, precisa y fácilmente advertible, la información que a continuación se detalla: a) características del producto o servicio ofrecido conforme a su naturaleza; b) la disponibilidad del producto o servicio ofrecido, así como las condiciones de contratación del mismo y en su caso las restricciones y limitaciones aplicables; c) el modo, el plazo, las condiciones y la responsabilidad por la entrega; d) los procedimientos para cancelación de la contratación y acceso completo a los términos de la misma antes de confirmar la transacción; e) el procedimiento de devolución, intercambio y/o información sobre la política de reembolso, indicando el plazo y cualquier otro requisito o costo que derive del mencionado proceso; f) el precio del producto o servicio, la moneda, las modalidades de pago, el valor final, el costo del flete y cualquier otro costo relacionado con la contratación, dejando expresa constancia que los posibles tributos de importación que resulten aplicables, no se encuentran incluidos en el mismo; g) advertencias sobre posibles riesgos del producto o servicio; h) el procedimiento para la modificación del contrato, si ello fuera posible (...)”.

(29) Para el art. 3º: “Además de la información mencionada en el artículo anterior, el proveedor deberá proporcionar al consumidor en su sitio en internet, en forma clara, precisa, y de fácil acceso, al menos, la siguiente información: a) denominación completa del provee-

proveedor debe brindar al consumidor, en su sitio web, que deben ser dadas en los idiomas oficiales del Mercosur —a saber el español y el portugués—, y en su art. 4º determina que el proveedor deberá otorgar al consumidor los medios técnicos para identificar y corregir errores de introducción de datos, antes de efectuar la transacción, siempre de forma clara, evidente y de fácil acceso, sin desmedro de la necesidad de existencia de un mecanismo de confirmación por escrito respecto a la decisión de efectuar la transacción, buscando que el silencio o inacción del consumidor no sean considerados un consentimiento tácito.

Por fin, es interesante destacar que el art. 5º de la res. 21/2004 obliga al proveedor a indicar al consumidor, en su sitio web, un modo de consulta electrónico de la legislación tuitiva aplicable, así como la dirección electrónica del organismo nacional de aplicación y la referencia expresa a los códigos de conducta de los cuales haga parte. Todo ello, buscando dar más transparencia a la relación de consumo que se entabla por medios electrónicos.

Todas las determinaciones de la Resolución en comento, pese a que ya hayan cumplido más de 15 años, están de acuerdo con las actuales Directrices de las Naciones Unidas de Protección del Consumidor, de 2015, e igualmente se encuadran en las Recomendaciones de la OCDE (30) relativas a las Directrices para la Protección del Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico, (31) revisadas el 24

dor; b) domicilio y dirección electrónica del proveedor; c) número telefónico de servicio de atención al cliente y, en su caso, número de fax y/o correo electrónico; d) identificación del proveedor en los registros fiscales y/o comerciales que correspondan; e) la identificación de los registros de los productos sujetos a sistemas de autorización previa; f) el plazo, la extensión, las características y las condiciones a la que está sujeta la garantía legal y/o contractual del producto según corresponda; g) copia electrónica del contrato; h) el nivel de seguridad utilizado para la protección permanente de los datos personales; i) la política de privacidad aplicable a los datos personales; j) métodos aplicables para resolver controversias, si estuvieran previstos; k) las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato.”

(30) OCDE - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

(31) La primera versión de estas directrices se dio a conocer en 1999. En esa oportunidad, hace 20 años

de marzo de 2016 (32), que hacen hincapié en la necesidad de brindar informaciones claras, precisas y seguras sobre el proveedor, el bien o servicio adquirido, la transacción electrónica, el proceso de confirmación, los medios de pago y la solución de conflictos.

### **III.5. La resolución 34/2011, el concepto de consumidor, producto y servicio, el deber de información y la oferta vinculante**

El 17 de diciembre de 2011, en Montevideo, fue aprobada la res. 34/2011 sobre Defensa del Consumidor - Conceptos Básicos (33). La norma aprobada adopta definiciones y conceptos aplicables a las relaciones de consumo en los Estados Partes (34), determinando de forma expresa los elementos necesarios para la calificación de consumidor (35), proveedor (36) rela-

trás, ya se advertía respecto a la necesidad de brindar informaciones en línea sobre el proveedor, los bienes y servicios y respecto a la transacción electrónica. Para más detalles sobre el tema, ver: SERRA CAMBACERES, Antonino, “Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del Consejo de la OCDE relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico”, en JA 2004-I, ps. 1224-1240.

(32) El texto de las directrices revisadas, en su versión en español, está disponible en: <http://www.oecd.org/internet/consumer/proteccion-al-consumidor-en-el-comercio-electronico.pdf>, consultado el 21/2/2019.

(33) Defensa del Consumidor - Conceptos Básicos. (Mercosur/GMC/res. 34/2011). Disponible en: [http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3186/2/innova.front/resoluciones\\_2011](http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3186/2/innova.front/resoluciones_2011), consultado el 21/2/2019.

(34) Sobre la res. 34/2011, ver: KLEIN VIEIRA, Luciane, *Protección internacional del consumidor. Procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos*, BdeF, Buenos Aires, 2013, ps. 64-65.

(35) Para más detalles sobre la evolución de la calificación de consumidor, en el Mercosur, ver: LORENZETTI, Ricardo, “La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del área regional Mercosur”, en LL 1996-E-1303-1320; FEITEN WINGERT ODY, Lisiane, “O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do MERCOSUL”, en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 64. Out./Dez. 2007, ps. 103-105; KLEIN VIEIRA, Luciane. “El concepto de consumidor y el MERCOSUR ampliado. Un análisis del derecho de fuente convencional e interna de los Estados Partes del bloque”, en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 107, Set./Out. 2016, ps. 197-242.

(36) Con relación al concepto de proveedor, la res. 34/2011 destaca que se considera como tal a “toda per-

ción de consumo, producto, servicio, deber de información y oferta vinculante.

En lo que nos interesa, cabe destacar que en su art. 1º, literal “a”, emplea la siguiente calificación de consumidor: “es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella. No se considera consumidor aquel que sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Como se puede percibir, la normativa adopta un criterio subjetivo en la definición de consumidor —que se refiere al uso privado de las mercaderías y servicios adquiridos— y, al mismo tiempo, un criterio negativo, al referir que el uso debe ser ajeno al ejercicio de la actividad profesional(37). En otras palabras, el consumidor, para ser considerado como tal, debe ser el destinatario final de la mercadería o servicio, no pudiendo emplearlos para la producción, transformación o comercialización de otros productos o servicios.

Además, es dable subrayar que la norma no exige la existencia de una relación contractual de base, para que el sujeto sea considerado consumidor. De este modo, aquel que usa un producto, sin haberlo adquirido —sea porque tratase de una muestra gratis, un regalo, etc.—, también es considerado consumidor. Eso adquiere especial relevancia, sobre todo, con relación a los accidentes de consumo, causados por

---

sona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, así como los entes despersonalizados de la Administración Pública de los Estados Parte, que desarrolle de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de fabricación, producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, distribución y/o comercialización de productos y/o servicios”.

(37) Sobre el tema, ver: BOURGOIGNIE, Thierry, “O conceito jurídico de consumidor”, en LIMA MARQUES, Cláudia - MIRAGEM, Bruno (orgs.), *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, ps. 1073 y ss.

productos o servicios. La norma, en este sentido, emplea el concepto de *bystander* o consumidor por equiparación.

Igualmente, relevante para este análisis es el concepto de producto y servicio constante en la res. 34/2011. Según la norma, en su art. 1º, apart. “d”, “producto es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, de acuerdo a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes”, noción bastante amplia, en la medida en que, además de los bienes tangibles, abarca incluso a los intangibles, como los programas, *softwares*, etc. A su vez, el art. 1º, en su apart. “e”, califica servicio del siguiente modo: “es cualquier actividad remunerada directa o indirectamente, suministrada en el mercado de consumo, por un proveedor profesional, cualquiera sea su objeto, que tenga por finalidad satisfacer necesidades de consumidores en su carácter de destinatarios finales de los mismos, con excepción de las relaciones laborales”. Por el concepto de servicio presentado, quedan incluidos a los servicios públicos prestados por el Estado, aunque la norma no haya hecho referencia expresa en ese sentido.

Por otro lado, cabe destacar que nuevamente en el bloque se ve la presencia del deber de información como regla general aplicada a las relaciones de consumo. En la resolución bajo estudio, esta obligación viene contemplada en el art. 1º, literal “f”, en los siguientes términos: “deber de información es la obligación de todo proveedor de suministrar al consumidor, en forma cierta, clara y detallada, toda la información relacionada con las características esenciales de los bienes y/o servicios que provee según su naturaleza, características, finalidad o utilidad; así como las condiciones de su comercialización, especificando de corresponder y de acuerdo a las normas especiales aplicables, entre otras informaciones, su origen, cantidad, calidad, composición, plazo de validez y precio, así como los riesgos que en su caso presenten o puedan presentar, con la finalidad de que los consumidores puedan realizar una elección adecuadamente informada sobre los productos o servicios de que se traten, así como un uso o consumo adecuado de los mismos”.

La regla, además de tratar de la obligación del proveedor, de prestar todas las informa-

ciones vinculadas al producto o servicio, que van desde sus características hasta su uso adecuado, muestra la preocupación con el bienestar del consumidor, su salud y seguridad, y con su derecho a una elección consciente, libre e informada.

Por fin, la res. 34/2011, en un esfuerzo por la armonización de legislaciones, inserta la regla de la oferta vinculante, en su art. 1º, literal “g”, prescribiendo que todo ofrecimiento que se realice de forma determinada o con precisión publicitaria, efectuado a un consumidor indeterminado, por el proveedor, respecto a la provisión de un producto o al suministro de un servicio, considerase oferta vinculante.

#### IV. El impacto de las normas del Mercosur en el Anteproyecto

En este ítem, traeremos a colación las principales alteraciones previstas en el Anteproyecto argentino de Ley de Defensa del Consumidor, de 2018, en lo que respeta a las normas del Mercosur citadas anteriormente, a fin de dejar en claro en qué aspectos ellas impactaron la redacción de la propuesta normativa en referencia.

En primer lugar, con relación a la calificación de consumidor, contenida en el art. 2º (38) del Anteproyecto, verificase que los elementos principales del concepto, que determinan que el consumidor debe ser el destinatario final de la mercadería o servicio, siendo él persona física o jurídica, fueron mantenidos por la Comisión reformadora, a ejemplo de lo que determina hoy el art. 1º de la ley 24.240 (39) y el

(38) Dicta el art. 2: “Categoría de consumidor. Es consumidor la persona humana o jurídica que adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de la relación de consumo originaria, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad son aplicables a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo”.

(39) Detalles sobre la construcción del concepto del consumidor, en la ley 24.240, pueden ser consultados en: FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el derecho argentino”, en LL 2011-E-992-1001.

art. 1º, apartado “a” de la res. 34/2011 del Mercosur. Sin embargo, el Anteproyecto se apartó de la norma mercosureña, en la medida en que contempla en su calificación la noción de consumidor equiparado o *bystander*, tal como ya existe en el derecho argentino, razón por la cual es posible sostener que la noción del Anteproyecto es más amplia o más abarcadora que la del bloque (40).

Respecto al derecho a la información, previsto en la Argentina por el primer apartado del art. 42(41)

(40) Todo ello, sin contar que el Anteproyecto es bastante innovador, en la medida en que en su art. 3º inserta en el sistema la idea de hipervulnerabilidad, en los siguientes términos: “Consumidores hipervulnerables. El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados.” A fin de disipar dudas respecto a qué consumidores son considerados hipervulnerables, en el art. 5º, apartado 6, el Anteproyecto determina que: “Principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad. El sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad, entre otras.” El tema de la hipervulnerabilidad puede ser ampliado en: KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor...*, cit.

(41) Dicta el apartado referido: “Art. 42.— Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”. (El destacado me pertenece). Conforme sostiene la doctrina: “no se debate en la actualidad que, conforme la consagración del primer párrafo del art. 42, el derecho ‘a una información adecuada y veraz’ reviste naturaleza fundamental. Así, en el voto de la Dra. Argibay en el caso ‘Monner Sans’ se rechazó la idea de que un ‘empresario no esté obligado a proporcionar la información solicitada por el usuario, por el hecho que no haya una norma expresa que la obligue a ello’. Por el contrario, estimó la magistrada que: ‘la cláusula constitucional genera el deber de proporcionar toda información relevante para la decisión de consumo, a menos que se invoque una razón normativa o fáctica que justifique mantener dicha información en reserva.’ Además, no cualquier información satisface el recaudo. Se reclama que sea, además de adecuada y veraz, cierta, clara, detallada, gratuita, de fácil comprensión, pertinente, completa, suficiente, eficaz, objetiva, absoluta, oportuna, transparente, por medios apropiados, entre

de la CN, (42) y regulado por los arts. 4º (43) de la ley 24.240 y 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación, (44) Andrés Varizat hace importante crítica, haciendo hincapié en la necesidad de regularse de forma detallada qué debe ser informado, específicamente (45). Cómo se ha

otras características". (SAHIÁN, José H., "Dimensión constitucional y convencional del derecho a la información", en *Revista de Direito do Consumidor*, nro.119, Set./Out. 2018, ps. 337-338). Para más detalles sobre el fallo referido, ver: CS, 26/09/2006, "Monner Sans, Ricardo c/ Fuerza Aérea Argentina", Fallos 329:4066, del voto en disidencia de Argibay, consid. 8.

(42) Sobre el tema, ver: GONZÁLEZ SABORIDO, Juan B., "Protección constitucional del consumidor. El rol del derecho de los consumidores en la sociedad actual. Evolución jurisprudencial", en ROJO, Martina L. (coord.). *Temas actuales de protección al consumidor*, Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2015, ps. 75-99.

(43) El art. 4º de la ley 24.240 se limita únicamente a referir que "el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización (...)", sin referir qué detalles son esos o qué tipo de información es relevante para proteger al consumidor. Como se verifica, la reforma es inminente e imprescindible.

(44) El decreto de necesidad y urgencia (DNU) 27/2018 de Desburocratización y Simplificación y el art. 4.1.c de la Resolución nº 915-E/2017 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de la Producción de Argentina trajeron modificaciones al art. 4º de la ley 24.240, que ya había sido reformado por la ley 27.250, en 2016. Mientras su antiguo texto establecía que la información debía ser proporcionada en soporte físico, con la claridad necesaria que permita su comprensión, pudiendo solamente ser suplantada esta exigencia si el consumidor optase expresamente por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor pusiera a su disposición, la nueva fórmula legal introducida por el DNU 27/2018 deja librada al proveedor la elección del soporte o medio a través del cual cumplirá su deber de información, excepto si el propio consumidor elige y manifiesta expresamente su decisión de recibirla por soporte físico. A su vez, la Resolución nº 915-E determina que la información relativa a las características de las mercaderías y servicios que se publicitan, así como las condiciones para su comercialización, será brindada a los consumidores por medio de una página web o por línea telefónica gratuita, debiendo estar consignada dicha circunstancia en la publicidad correspondiente. Críticas sobre la reforma introducida por las normas en referencia pueden ser consultadas en: SAHIÁN, José H., "Dimensión constitucional y convencional...", cit., ps. 339-346.

(45) Para más detalles sobre el tema, ver: VARIZAT, Andrés F., "Obligation of information: the need for a

visto cuando del análisis de las res. 34/2011 y 21/2004 —en especial— el Mercosur ya ha detallado todas las informaciones que son obligatorias para el proveedor, tanto en lo que respeta a las transacciones realizadas de forma directa, con la presencia del consumidor, como en las transacciones celebradas por medios electrónicos. El Anteproyecto trata del deber de información en los arts. 8 a 16 y en el art. 72 trae el derecho a la información del consumidor que contrata a distancia. En lo que nos interesa, en el art. 14 trae un rol de las informaciones esenciales que deben ser brindadas por el proveedor al consumidor, tratadas como información de contenido mínimo, en los siguientes términos:

"[S]in perjuicio de lo establecido en las normas especiales, los proveedores están obligados a informar de manera fácilmente perceptible al consumidor, en función de las características del bien o servicio de que se trate, lo siguiente: 1. Denominación, composición, fecha de producción, fecha de vencimiento o caducidad e instrucciones para su instalación, uso, mantenimiento y funcionalidad; 2. Los riesgos e incertidumbres que entraña su utilización, cumpliendo con la normativa específica para su comercialización, de conformidad a lo establecido en el artículo 17, segundo párrafo; 3. Datos identificatorios del proveedor: nombre, domicilio y número de CUIT; 4. Garantías y servicios de postventa y asistencia técnica; 5. Las condiciones de su comercialización: naturaleza y contenido del acto; modalidades de la ejecución del contrato; fecha de entrega, ejecución del contrato y su duración; en su caso, precio, formas y condiciones de pago, costos y cargos adicionales, descuentos, tasas de interés, modalidades de financiación, y tributos a cargo del consumidor; 6. Cuando con posterioridad a la introducción de los bienes y servicios en el mercado se tome conocimiento de su peligrosidad, los proveedores deberán hacerlo saber inmediatamente a los consumidores, a su exclusivo costo y cargo, mediante mecanismos de comu-

more 'specific' regulation in Argentine consumer law", en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 116, Mar./Abr., 2018, ps. 285-301. Igualmente, consultar: ABDALA, Martín E., *El deber de información: su existencia, contenido y alcance en el derecho contractual en general y en los negocios bancarios en particular*, Depalma, Buenos Aires, 2007.

nicación eficientes que les garanticen la efectiva posibilidad de conocer tal circunstancia; entre otros, a través de anuncios publicitarios por la prensa, radio, televisión e internet. Deberán, también de manera inmediata, comunicarlo a las autoridades competentes, y en su caso, retirarlos del mercado”.

Con relación al apart. 6 del art. 14 (46), se percibe, igualmente, la influencia de la normativa Mercosur respecto a la preocupación con la salud y seguridad del consumidor, que además sigue los estándares de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Como hemos visto, las res. 1/2010 y 4/2017 (47) que se ocupan del tema referido, refuerzan la necesidad del alerta inmediato al consumidor (*recall*) respecto al producto o servicio nocivo o peligroso que ya haya sido introducido en el mercado, lo que debe ser realizado por diversos medios de comunicación, sin desmedro del aviso a la Autoridad Nacional de Aplicación, que debe ocuparse de notificar a sus pares de los demás Estados Partes. Esta regla respecto al tema del bienestar, salud y seguridad del consumidor, viene igualmente reproducida en el art. 17 del Anteproyecto, (48) dedicado a los deberes de protección y seguridad con relación a los productos y servicios que serán incorporados al mercado, estando de acuerdo al postulado general respecto a la protección a la vida, salud y seguridad del consumidor, previsto en la res. 124/1996 como un derecho básico. Como se percibe, en el apart. 6 del art. 14 la preocupación va dirigida a los productos y servicios ya incorporados en el mercado y el art. 17 se refiere a aquellos que aún no lo han sido, y que nece-

sitan contener advertencias al consumidor respecto a los peligros o riesgos en su uso.

A su vez, el tema de la oferta vinculante, previsto en la res. 34/2011, recibió tratamiento especial en el Anteproyecto (49), en sus arts. 42 y 43. La norma proyectada, en los mismos términos de lo que ha hecho el Mercosur, determina que la oferta dirigida a persona determinada o al público, contiene los elementos y cláusulas suficientes para formar un contrato, teniendo, pues, carácter vinculante, en la medida en que el proveedor está obligado a mantener los términos de la oferta durante el plazo anunciado para su vigencia (50).

Por otro lado, cabe referir que el art. 109 del Anteproyecto pretende insertar en la legislación nacional el concepto de producto y servicio. Sobre el tema, es importante comentar que la ley 24.240, hoy vigente, se limita a presentar, en sus primeros artículos, el concepto de consumidor (art. 1º), proveedor (art. 2º) y relación de consumo (art. 3º), sin siquiera hacer referencia a la calificación de producto y servicio, objetos de esa última. Sobre ello, verificase que el Anteproyecto, nuevamente, se valió de la normativa Mercosur para su confección, en la medida en que parte de los elementos que conforman los conceptos de producto y servicio, contenidos en la res. 34/2011, antes mencionados, se hacen presentes en la norma proyectada, que les atribuye la siguiente redacción:

“Art. 109.— Concepto de producto y servicio. A los fines de la presente ley se considera producto toda cosa mueble, aunque se encuentre

(46) El art. 4º del dec. 1798/1994, que reglamenta la ley 24.240, establece la obligación del proveedor de comunicar inmediatamente a la autoridad de aplicación respecto a la peligrosidad de los bienes o servicios que hubiera sobrevenido a su introducción en el mercado y a los consumidores, por medio de anuncios suficientes. No se refiere a aquellos productos o servicios que presenten un “potencial riesgo o nocividad”, como lo hace la res. 4/2017 del Mercosur. Esta regla especial, más restrictiva, tampoco fue introducida en el Anteproyecto.

(47) La res. 4/2017 fue internalizada al derecho argentino, por medio de la res. 808-E/2017 de la Secretaría de Comercio.

(48) En la ley 24.240, la regla respecto a los productos y servicios peligrosos está prevista en su art. 6º.

(49) La ley 24.240 igualmente prevé el régimen de la oferta vinculante, en sus arts. 7º y 8º.

(50) En este sentido, dicta el art. 43: “Carácter vinculante. La oferta que se conozca fuera del local de comercialización debe prever un plazo de vigencia acorde con la cantidad de bienes o la capacidad prestacional de los servicios disponibles, o informar de modo preciso y destacado sobre estas circunstancias. El oferente está obligado a mantener la oferta durante el plazo de vigencia antes indicado. En consecuencia, de mediar aceptación en tal plazo, el contrato quedará perfeccionado. La oferta sólo puede retirarse antes de que hubiera llegado a conocimiento de los consumidores. Quedan exceptuadas de este régimen, las ofertas que se hagan por medios que solo pueden ser conocidas por el consumidor concurriendo al local comercial”.

unida o incorporada a un bien inmueble. Quedan comprendidos el agua, el gas, la electricidad, y los bienes derivados del cuerpo humano.

“Se considera servicio a cualquier actividad suministrada por un proveedor, cualquiera sea su objeto”.

Como se identifica, haciéndose una comparación entre las normas, la del Mercosur es mucho más abarcadora, en la medida en que también considera como producto el bien inmueble, y deja en claro que los bienes intangibles o inmateriales, también integran el concepto de producto. Sin embargo, al contrario de lo que hace el Anteproyecto, no especifica que agua, gas y electricidad, por ejemplo, deben ser entendidos como productos. Con relación al concepto de servicio, aunque la redacción del Anteproyecto sea bastante escueta si comparada a la del Mercosur, no se encuentran diferencias entre ellas, en la medida en que contemplan los mismos elementos y los redactores de la propuesta, expresamente, han hecho mención al apart. “e” del art. 1º de la resolución referida, como fuente para la elaboración del artículo.

Por fin, en una visión general, es notable que el Anteproyecto ha llevado en consideración, en varios artículos, los derechos básicos del consumidor, enunciados en la res. 124/1996, especialmente en lo que respeta al derecho a la información suficiente (arts. 12, 14 y 72), a la protección contra la publicidad engañosa y los métodos comerciales coercitivos o desleales (arts. 19 a 27), a la reparación de daños (arts. 107 a 118), al acceso a órganos judiciales (arts. 162 a 182) y administrativos (arts. 144 a 161) y a la organización en asociaciones (art. 119 a 123), actualizando y adaptando lo que ya está previsto en la ley 24.240, que antes mismo de la existencia de la Resolución, ya contemplaba esos postulados en su articulado.

## V. Conclusiones

La intención de este artículo fue llamar la atención de la comunidad profesional, científica y académica para la relevancia de las normas del Mercosur en el proceso de armonización, actualización, revisión y construcción del Derecho del Consumidor, en la región.

Aunque la gran mayoría de las normas —en lo que respeta al Derecho del Consumidor del bloque— no han logrado entrar en vigencia, terminan, de una forma o de otra, por influenciar la elaboración de los proyectos de ley nacionales, de los Estados Partes, que incorporan muchas de las reglas allí previstas, en sus dispositivos legales, a ejemplo de lo que ocurrió con el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, de 2018, tal como lo hemos visto a lo largo de este estudio. De este modo, aunque estén desprovistas de fuerza normativa, las normas del Mercosur que no están vigentes funcionan como una orientación de conducta para los legisladores, en la verdadera acepción de lo que se llama *soft law*.

De ahora en adelante, nos resta esperar que el Anteproyecto siga su tramitación en la Casa Legislativa, seguida de su aprobación, para que pronto pueda entrar en vigencia, actualizando, adaptando y renovando la ley 24.240, poniendo, así, al derecho argentino, en conformidad con las modernas tendencias internacionales y del derecho comparado, en la materia y, especialmente, de acuerdo a lo prescrito en el espacio integrado.

## VI. Bibliografía

- ABDALA, Martín E., *El Deber de Información: su existencia, contenido y alcance en el derecho contractual en general y en los negocios bancarios en particular*, Depalma, Buenos Aires, 2007.
- BOURGOIGNIE, Thierry, “Integración regional y la protección del consumidor en las Américas y en Europa”, en BOURGOIGNIE, Thierry (dir.), *Intégration Économique Régionale et la Protection du Consommateur*. Cowansville-Québec: Éditions Yvon Blais, 2009.
- “O conceito jurídico de consumidor”, en LIMA MARQUES, Cláudia - MIRAGEM, Bruno (orgs.), *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- FEITEN WINGERT ODY, Lisiane, “O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do MERCOSUL”, en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 64, out./dez., 2007.



- FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A. "El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el derecho argentino", en LL 2011-E.
- GONZÁLEZ SABORIDO, Juan Bautista, "Protección constitucional del consumidor. El rol del derecho de los consumidores en la sociedad actual. Evolución jurisprudencial", en ROJO, Martina L. (coord.). *Temas actuales de protección al consumidor*, Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2015.
- GRASSI NETO, Roberto, "A política de proteção do consumidor no sistema de integração regional do Mercosul", en LIMA MARQUES, Cláudia - MIRAGEM, Bruno (orgs.), *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Doutrinas Essenciais*, vol. I, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- KLEIN VIEIRA, Luciane, "El concepto de consumidor y el Mercosur ampliado. Un análisis del derecho de fuente convencional e interna de los Estados Partes del bloque", en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 107. set./out., 2016.
- *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*, La Ley, Buenos Aires, 2017.
- *Protección internacional del consumidor. Procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos*, BdeF, Buenos Aires, 2013.
- LIMA MARQUES, Cláudia, "Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse", en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 32, out./dez., 1999.
- "Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor - crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor", en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 26, abr./jun. 1998.
- "Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul - Primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor", en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 23-24, jul./dez. 1997.
- LORENZETTI, Ricardo, "La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional Mercosur", en LL 1996-E.
- MARQUES RIBEIRO, Bruno - ZORZI ZORDAN, Fernando H., "A necessidade da harmonização legislativa no Mercosul para a proteção jurídica do consumidor", en MENEZES, Wagner (coord.) *Estudos de Direito Internacionais - Anais do 4º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, vol. VI. Curitiba: Juruá, 2006.
- PALAZZI, Pablo - PEÑA, Julián. "Comercio electrónico y Mercosur", en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 17, Buenos Aires, 1998.
- SAHIÁN, José H., "Dimensión constitucional y convencional del derecho a la información", en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 119, set./out., 2018.
- SERRA CAMBACERES, Antonino, "Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del Consejo de la OCDE relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico", en JA 2004-I.
- STIGLITZ, Gabriel A., "El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur", en LL 1995-B.
- VARIZAT, Andrés F., "Obligation of information: the need for a more 'specific' regulation in Argentine consumer law", en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 116, mar./abr. 2018.



# Los contratos conexos en el derecho comparado francés y argentino

---

SARAH BROS (\*)

Los derechos francés y argentino adoptan una definición similar de los contratos conexos. Según el art. 1186, inc. 2º, del Cód. Civil francés (1), que surgió de la reforma del derecho de los contratos realizada en 2016 (2), y el art. 1073 del Cód. Civ. y Com. argentino, el criterio de los contratos vinculados consiste en la persecución de una operación única.

Mientras el Cód. Civil francés no atribuye ninguna denominación específica a los contratos que contribuyen a la misma operación, el legislador argentino los denominó contratos conexos. Hubo en Francia una controversia doctrinal sin verdadero alcance en cuanto a la designación de esta figura contractual, y la jurisprudencia (3) los denomina en nuestros días *contratos interdependientes*. Mantendremos la denominación argentina en lo que sigue, aunque, como veremos, son dos mecanismos distintos los que fueron reconocidos en nuestros derechos, a pesar de su definición idéntica.

Otro punto en común tiene que ver con la regla de interpretación contenida en el art. 1189, inc. 2º, del Cód. Civil y en el art. 1174 del Cód. Civ. y Com. argentino: los contratos que componen el grupo se interpretan en función de la operación perseguida y no cada uno de manera autónoma.

Los dos derechos comunes tratan entonces en apariencia la misma situación. Enuncian también en parte las mismas consecuencias, aunque el derecho argentino vaya mucho más lejos que el derecho francés, al establecer una verdadera excepción al efecto relativo de los contratos cuando éstos son conexos. El art. 1075 del Cód. Civ. y Com. autoriza así a un participante a oponer cualquier excepción surgida de un contrato a otro participante de la operación, aunque aquélla no derive de un contrato que celebraron en conjunto. Así, el incumplimiento total o parcial, así como el incumplimiento defectuoso, que es, según el caso, un incumplimiento total o parcial, puede ser opuesto por el acreedor para rechazar la ejecución de las obligaciones que debe en virtud del contrato vinculado. La extinción de un contrato del grupo, que marca el fracaso de la operación global buscada, constituye también una excepción oponible a los otros participantes. El Cód. Civil francés se contenta con afirmar, en el art. 1186, que la desaparición de un contrato vinculado torna al otro en caduco. Como la existencia de cada contrato es vista como un elemento esencial del otro, la desaparición de uno de ellos priva al contrato vinculado de uno de sus elementos esenciales y lo torna caduco. El Cód. Civil no admite entonces la derogación

---

(\*) Profesora en la Universidad de París-Saclay.

(1) “Cuando la ejecución de varios contratos es necesaria para la realización de una misma operación y uno de ellos desaparece, caducan los contratos cuya ejecución se torna imposible por esa desaparición y aquellos para los cuales la ejecución del contrato desaparecido era una condición determinante del consentimiento de una parte”.

(2) Ordenanza del 10/02/2016 y ley de ratificación del 20/4/2018.

(3) P. ej., Cas. Com., 04/07/2018, nro. 17-15597; Cas., sala mixta, 17/05/2013, nros. 11-22927 y 11-22768.

del efecto relativo de los contratos cuando los contratos son conexos, en el sentido de que la desaparición de un contrato no es considerada como una excepción oponible a un tercero respecto de ese contrato, sino como la pérdida de un elemento esencial del contrato vinculado, aquel que perseguía el mismo objetivo que el contrato desaparecido.

El derecho argentino, enrolado en un proceso de reforma del derecho del consumo, prevé insertar tres disposiciones especiales concernientes a los contratos conexos; se trata de los arts. 65, 92 y 93 del Anteproyecto. En cuanto al Código francés del Consumo, comprende una veintena de disposiciones concernientes a los contratos conexos. La comparación del Anteproyecto de ley argentino y las disposiciones francesas del Código del Consumo permitirán considerar las diversas soluciones posibles frente a los delicados problemas planteados por los contratos conexos.

Antes de que la noción sea reconocida de manera general en el Cód. Civil, el legislador francés había intervenido para regular las aplicaciones particulares de la conexidad contractual en el ámbito del consumo. Así, en 1978 y 1979, se estableció legalmente un vínculo entre un contrato principal de venta o de prestación de servicios y el contrato que sirve para financiarlo. La primera ley, del 10 de enero de 1978, organizó el crédito afectado y vinculó la formación y la ejecución del contrato de crédito a la del contrato al cual financia. La segunda ley, del 13 de julio de 1979, específicamente reglamentó el crédito concedido a un consumidor para financiar una operación inmobiliaria, ya sea que se trate de una adquisición inmobiliaria o de la realización de trabajos inmobiliarios. Se trata entonces de dos cuerpos de reglas, con técnicas distintas, que organizan la conexidad entre los contratos en el derecho del consumo francés.

Las leyes de 1978 y 1979, cuyo objeto es la reglamentación del crédito concedido al consumidor, tienen un ámbito más amplio que la conexidad entre un contrato de crédito y el contrato que lo financia. Están integradas al Código del Consumo desde su promulgación en 1993; fueron modificadas en varias oportunidades y figuran hoy en día en los arts. L. 311-1 a L. 315-23 del Código del Consumo.

Sin embargo, el Código del Consumo no contiene ninguna disposición general relativa a los contratos conexos fuera de estos artículos, los cuales sólo tratan del crédito al consumidor. El Anteproyecto argentino de Ley de Defensa del Consumidor tiene un objeto más amplio: una disposición general, el art. 65, es aplicable a todas las hipótesis de contratos conexos. Permite al consumidor actuar contra cualquiera de los participantes, incluso si no contrató con él, ya sea para prevenir un daño u obtener reparación o, de manera más original, para reclamarle la ejecución de la obligación que le debía su cocontratante cuando este último es incumplidor. Estas dos últimas prerrogativas están descritas en otros textos, los arts. 92 y 93, que conciernen más específicamente a los contratos conexos que implican un crédito. La posibilidad de reclamar la ejecución de la obligación debida por un contratante a un tercero no tiene equivalente en el derecho francés. La acción contra un establecimiento financiero con el fin de que ejecute la obligación de un vendedor o de un proveedor nunca fue considerada. Pareciera que las dificultades no se plantean de la misma manera en nuestros dos derechos.

En efecto, el derecho argentino contempla atribuir al consumidor acciones directas contra las personas que no son contratantes. Ahora bien, el derecho francés no contiene ningún ejemplo de interdependencia entre contratos en los cuales el consumidor no es parte. El consumidor siempre es el contratante común en los diversos contratos interdependientes. Por ejemplo, compra un bien, toma un préstamo para financiarlo, celebra un contrato de servicios para mantener el bien, suscribe un seguro para garantizarlo, etc. Es posible que la denominación argentina de "contratos conexos" englobe, además de los contratos interdependientes, una figura que es tratada en el derecho francés de manera diferente: los subcontratos. En esta otra forma de grupo de contratos, se celebran sucesivamente contratos de la misma naturaleza y que se refieren, al menos parcialmente, a la misma prestación, por ejemplo, un contrato de empresa seguido de un acuerdo de subcontratación por el cual el primer contratista confía la ejecución de su prestación a un segundo contratista. Otra explicación podría simplemente referirse al hecho de que la orga-

nización jurídica de la actividad económica en nuestros países es diferente y conduce a situaciones fácticas que no compartimos.

Pero la verdad es que, en lo que concierne a los arts. 92 y 93 del Anteproyecto argentino, parecen apuntar al crédito afectado al financiamiento de un contrato particular, y esta situación también es objeto de disposiciones en el Código francés del Consumo. El Anteproyecto argentino contiene un conjunto de reglas aplicables al crédito concedido al consumidor sea cual fuere el objeto, mientras que el legislador francés instituyó dos cuerpos de reglas: uno aplicable al crédito para financiar una operación inmobiliaria, y otro que gobierna los otros casos de crédito al consumo. Esta decisión se explica particularmente por el diferente rol que juega el prestamista en las dos situaciones: mientras que en una operación inmobiliaria los fondos son pagados al prestatario, que paga luego al vendedor o al proveedor, en el caso de un crédito al consumo directamente son pagados al vendedor o al proveedor. En el primer caso, la necesidad de protección se acrecienta en el momento de la formación de los contratos; en el segundo caso, es más imperiosa al momento del comienzo de la ejecución.

A estas dos fases corresponden, en nuestros dos derechos, disposiciones distintas. Algunos textos tratan sobre la implementación de la operación que comprende contratos conexos (I); otros organizan los efectos de la conexidad contractual (II).

### **I. La existencia de un vínculo de conexidad entre los contratos**

Los contratos conexos están vinculados desde su formación (I.1), siempre y cuando el vínculo de conexidad esté probado (I.2).

#### ***I.1. La formación conexas de los contratos***

Diversas disposiciones organizan una formación correlacionada de los contratos y conducen a que un contrato no sea eficaz si el contrato al cual está vinculado no lo es simultáneamente.

En el Anteproyecto de reforma del derecho argentino, el art. 93, anteúltimo párrafo, condiciona la eficacia del contrato principal a la obtención del crédito destinado a financiarlo. Así,

el primero queda rescindido, sin gastos para el consumidor, si el segundo no es otorgado. El Código del Consumo francés contiene una disposición idéntica en el art. L. 313-41 en materia de crédito inmobiliario. El contrato principal desaparece en caso de no obtención del crédito. La técnica utilizada es la de la condición: el contrato principal es automáticamente celebrado bajo la *condición suspensiva* de la obtención del crédito destinado a financiarlo. La jurisprudencia definió la obtención del crédito como la recepción de una oferta de crédito que responde a las características estipuladas en el contrato principal (4). El efecto es comparable al del Anteproyecto argentino: el contrato que preveía el financiamiento a crédito desaparece (5). Existe una disposición equivalente para el crédito no inmobiliario, pero no se asienta en la misma técnica. Según el art. L. 312-46 del Código del Consumo, el consumidor no puede comprometerse válidamente respecto del profesional en tanto no haya aceptado la oferta de crédito. El art. L. 312-48 agrega que el consumidor no está obligado a comenzar a pagar el crédito hasta tanto el contrato principal no haya sido ejecutado. Cualquiera sea la técnica utilizada, se garantiza al consumidor el mismo resultado: en ausencia de crédito, no hay contrato principal.

Así es también en caso del ejercicio de la facultad de retractación por el consumidor. En el derecho francés, como en el Anteproyecto de ley argentino, el consumidor dispone del derecho de retractarse y, si lo hace a título de un contrato, ello simultáneamente pone en tela de juicio el contrato conexo (art. L. 312-54, Cód. Consumo (6), y art. 93, último párrafo, del Anteproyecto).

Nuestros dos derechos siguen exactamente la misma vía al momento de la implementación de una operación que implica varios contratos. También son parecidos en lo relativo a la prueba de su conexidad.

(4) Cas. Civ. 1<sup>o</sup>, 9/12/1992, *Bull. I*, nro. 309.

(5) Además, el Código de Consumo rige la situación inversa, en la que el contrato de crédito es celebrado antes del contrato principal. Si este último nunca es celebrado, el contrato de crédito es rescindido, art. L. 313-36.

(6) El derecho de retractación sólo existe en el crédito al consumo, pero no en el crédito inmobiliario.

## 1.2. La prueba de la conexidad de los contratos

El crédito al consumo plantea más problemas de prueba que el crédito inmobiliario. En efecto, para este último, en todo caso en el derecho francés, el legislador exige que el modo de financiamiento previsto sea mencionado en el contrato principal. Si el adquirente contempla comprar sin recurrir a un crédito, debe mencionarlo expresamente (art. L. 313-42, Cód. Consumo).

Por el contrario, en otros ámbitos, los diversos contratos establecidos por un consumidor no mencionan necesariamente el modo de financiamiento elegido. El interés del prestamista es que el vínculo no sea con el contrato financiado, con el fin de escapar a las consecuencias de la conexidad que no le son favorables. Por lo tanto, comprendemos que nuestros dos derechos admitan fácilmente la prueba de la conexidad, que tiene por objeto establecer la unicidad de la operación perseguida por los participantes.

El Anteproyecto argentino plantea cierto número de presunciones (art. 92), sin calificar si ellas son simples o irrefutables. Algunas conducen al mismo resultado que las disposiciones del Código francés del Consumo, el cual recurre implícitamente al mecanismo de la presunción irrefutable (“se considera que existe una operación comercial única...”, art. L. 311-1, inc. 11, Cód. Consumo). Estas presunciones dirigen en particular su atención a las relaciones entre el vendedor y el prestamista. Así, en el Anteproyecto argentino, cuando el préstamo se propone en el lugar de venta del bien financiado (art. 92, inc. 3º, Anteproyecto argentino), cuando el vendedor y el prestamista colaboran regularmente (art. 92, inc. 2º), cuando un contrato hace referencia al otro (art. 92, inc. 4º), la conexidad de los contratos se presume.

El derecho francés había mantenido inicialmente la mención del destino de los fondos que figuran en el contrato de crédito como el único criterio de la conexidad. Esta exigencia, demasiado formalista, era fácilmente esquivada por los establecimientos financieros, que se abstendían de precisar cuál era la afectación de los fondos con el fin de evitar la aplicación de la regulación. La jurisprudencia tenía que flexibilizar esta condición, y finalmente la ley fue mo-

dificada. El art. L. 311-1, inc. 11, del Código del Consumo indica luego que la conexidad entre el crédito y el contrato financiado se establece cuando “el prestamista recurre a los servicios del vendedor o del proveedor para la celebración o la preparación del contrato de crédito o también cuando el contrato de crédito menciona específicamente los bienes o los servicios que concierne”. Correlativamente, el art. L. 312-45 exige, bajo pena de sanción, que el contrato de venta o de prestación de servicios mencione cuando el precio es pagado por medio de un crédito.

Contrariamente al Anteproyecto argentino, el derecho francés no atribuye ninguna consecuencia al establecimiento de una publicidad común (art. 92, inc. 1º), ni tampoco al hecho de que un bien sirva de garantía de pago de un crédito (art. 92, inc. 5º), porque el crédito puede haber servido al financiamiento de otro bien que el que fue dado en garantía.

Es una pena que ninguno de los dos derechos dé un lugar particular al pago directo hecho por el prestamista al vendedor o proveedor (7). En efecto, la mayoría de las veces, al menos en Francia, cuando el prestamista conoce la afectación de los fondos y otorga el préstamo en consideración del contrato financiado, no paga la suma al prestatario —que podría dilapidarla, o ver que sus acreedores la capten—, sino directamente al vendedor o proveedor. Este pago directo es muy apreciado por parte del vendedor, que no asume el riesgo de la insolvencia del consumidor, ni el de su retraso en el pago. El pago hecho directamente por el prestamista al profesional —vendedor o proveedor— podría así constituir una presunción eficaz de la existencia de una operación única entre los participantes. Todos ellos han necesariamente aceptado este modo de pago de los fondos, y la prueba de su consentimiento puede siempre resultar de elementos posteriores a la celebración del contrato.

Por medios muy parecidos, el derecho francés y el Anteproyecto de ley argentino arriban a

(7) En el derecho francés, la Corte de Casación toma en cuenta el pago directo, pero no hace de él más que un elemento de prueba, entre otros, de la interdependencia de los contratos, Cas. Civ. 1ª, 10/9/2015, nro. 14-13658, *Bull. I*, nro. 135.

soluciones en gran parte comunes. Esta constatación no se extiende cuando el vínculo entre los contratos despliega sus efectos, esencialmente cuando un contrato no es ejecutado.

## **II. Los efectos del vínculo de conexidad entre los contratos**

El vínculo de conexidad desarrolla sus efectos desde que uno de los contratos que compone el grupo no es correctamente ejecutado, ya sea que este incumplimiento sea temporal (II.1) o definitivo (II.2).

### ***II.1. El incumplimiento temporal de un contrato conexo***

Los derechos del consumo francés y argentino son más parecidos en materia de contratos conexos que nuestros derechos comunes, pero están animados por un espíritu muy diferente. En efecto, el Anteproyecto de ley argentino contempla las relaciones nacidas entre los participantes en contratos conexos como excepciones al efecto relativo de los contratos, como en el derecho común, mientras que el derecho francés del consumo adopta otras soluciones y preserva el efecto relativo de los contratos, como en el Cód. Civil.

En caso de incumplimiento temporal del contrato principal, el art. 93 del Anteproyecto argentino autoriza al consumidor a suspender sus pagos al prestamista (inc. 1º). El texto no hace más que retomar la solución general del art. 1075 del Cód. Civ. y Com. y su aplicación al crédito concedido a un consumidor. Ciertamente, el art. 1075 no cita expresamente la excepción de incumplimiento en la lista de las excepciones oponibles a todos los participantes del grupo de contratos conexos. Sin embargo, la generalidad del texto permite sin dudas admitir que la excepción surgida de un incumplimiento temporal es también oponible.

En el derecho francés, los arts. L. 312-55 del Código del Consumo, para el crédito al consumo, y L. 313-44, para un crédito destinado a financiar trabajos inmobiliarios, establecen un mecanismo similar. Sin embargo, contrariamente a la excepción de incumplimiento, el procedimiento no es un medio de justicia privada, sino una medida judicial que el juez puede adoptar si es

llamado a decidir sobre la impugnación concerniente a la ejecución del contrato principal. En otros términos, el incumplimiento del contrato principal no constituye una excepción opuesta por el prestatario para suspender sus pagos hacia el prestamista, sino un medio ofrecido al juez para hacer cesar provisoriamente los pagos a la espera de la resolución del litigio (8). El prestamista debe haber intervenido en la instancia o haber sido acusado por las partes.

Si el incumplimiento del contrato principal es definitivo, el Anteproyecto de ley argentino propone ciertas soluciones desconocidas en el derecho francés.

### ***II.2. El incumplimiento definitivo de un contrato conexo***

Los medios a disposición del consumidor en el Anteproyecto argentino de Ley de Defensa del Consumidor son numerosos. Todos se basan en una fusión de las diversas relaciones contractuales tornando a los participantes de una operación económica en cocontratantes de una operación jurídica única. La figura constituye más que un grupo de contratos: se trata de un nuevo tipo de operación jurídica colectiva. El efecto relativo de los contratos es definitivamente eliminado de las relaciones entre los participantes. En este punto, la figura considerada por el derecho argentino no tiene equivalente en el derecho francés.

En primer lugar, el consumidor puede rechazar ejecutarlo si es demandado por el prestamista, al oponer el incumplimiento por su contratante del contrato principal (art. 93, inc. 2º). En el derecho francés, esta solución sólo puede derivar de la rescisión del contrato principal. En

(8) No obstante, conviene advertir la redacción para-dójica del art. L. 312-48, Cód. Consumo, respecto del crédito al consumo, porque ese texto no exige una acción en la justicia para permitir al prestatario suspender el pago "en caso de interrupción" de la ejecución de la obligación del vendedor o del proveedor de servicios. La aplicación del texto supone que no haya ninguna ambigüedad en cuanto a la existencia de contratos vinculados, ni impugnación de la interrupción de la prestación. Dicho de otro modo, en caso de duda, el consumidor preferirá ser autorizado judicialmente a suspender sus pagos, antes que incurrir en una sanción por su incumplimiento, que consistirá en que será exigible anticipadamente.

efecto, como la rescisión del contrato principal conlleva, de pleno derecho, la del contrato de financiamiento, tiene por efecto liberar al prestatario (art. L. 312-55, Cód. Consumo, para el crédito al consumo; art. L. 313-36, para el crédito inmobiliario). Los textos no contemplan más que la rescisión, pero la solución fue aplicada a la nulidad (9). Podemos preguntarnos si la solución sería la misma en caso de rescisión unilateral, en particular en el crédito inmobiliario, donde el texto no exige la intervención judicial del prestamista para producir sus efectos. La jurisprudencia no parece haber sido llamada a resolver la cuestión en el derecho del consumo, pero podemos pensar que sostendría la desaparición simultánea de los contratos, pronunciada con los riesgos y peligros para el consumidor. Este podría verse condenado a pagar daños-intereses al prestamista y al contratante principal en caso de rescisión abusiva (10).

En segundo lugar, en caso de ejecución parcial, el consumidor puede pedir una reducción del préstamo proporcional a la ejecución realmente obtenida (art. 93, inc. 3º). Si bien la reducción del precio en caso de ejecución parcial es posible en el derecho común francés (art. 1217, Cód. Civil), no está prevista por el Código del Consumo. Esta medida plantea la cuestión del destino del excedente del monto pedido en préstamo. O bien la suma fue directamente pagada al vendedor o al proveedor, y entonces parecería justo que éste deba restituir el monto correspondiente a la prestación que no efectuó; o bien el monto del préstamo fue entregado al prestatario-consumidor y, si la restitución pesa sobre él, no tendrá interés en solicitar una disminución del préstamo. El resultado, que sería como una exigencia anticipada de la parte a pagar, sería desfavorable para él.

En tercer lugar, el art. 93 del Anteproyecto argentino prevé la posibilidad, para el consumidor, de pedir al prestamista la ejecución de la obligación que era debida por el vendedor o proveedor del servicio (inc. 4º). No existe ninguna disposición similar en el derecho francés. Lleva a su límite extremo la lógica de la conexión

de los contratos, haciendo pesar sobre un participante de la operación la ejecución de la obligación asumida por otro. La analogía con la solidaridad merece ser señalada (11). De cierto modo, el art. 93, inc. 4º, obliga a los profesionales de manera solidaria respecto del consumidor, salvo por el hecho de que este último sólo puede reclamar la ejecución al prestamista después de haber emplazado en vano al acreedor principal. En la verdadera solidaridad, el acreedor elige el deudor al que persigue. Aquí se le impone un orden al consumidor. Sin embargo, la eficacia de la solución plantea dudas, como en el derecho común (12). Si el prestamista puede sustituir a un tercero para ejecutar en su lugar la prestación que pesaba sobre el vendedor o el proveedor, entonces la regla tiene por objeto forzarlo a implicarse en todos los aspectos de la operación comercial y a constituir una red de profesionales capaces de reemplazar a los deudores incumplidores. Como no prevé ninguna facultad de sustitución, el texto sólo presenta una virtud preventiva, al incitar al prestamista a supervisar al ejecutante principal o, por lo menos, a tomar precauciones antes de desbloquear los fondos destinados a financiar su prestación.

Finalmente, el inc. 5º del art. 93 permite al consumidor reclamar al prestamista la reparación del daño causado por el incumplimiento del contratante principal de sus obligaciones. Nuevamente, no existe nada igual en el derecho francés.

En el Código del Consumo, el efecto principal asignado al incumplimiento definitivo de la obligación nacida de un contrato es la posibilidad para el consumidor de solicitar la rescisión simultánea del contrato incumplido y la del contrato vinculado. Está, según el caso, caduco o rescindido de pleno derecho (13). En el derecho común, el participante que soporta la desaparición de su contrato cuando no originó el incumplimiento puede actuar por res-

(9) Cas. Civ. 1ª, 18/6/1996, *Bull. I*, nro. 262.

(10) Tal es la solución aceptada en el derecho común, v. Cas. Com., 12/7/2017, nro. 15-23552.

(11) No se trata de una acción directa porque las partes presentes son en efecto contratantes; el consumidor-prestatario no es un tercero respecto del prestamista.

(12) *Supra*, Introducción.

(13) Las consecuencias son las mismas, en particular en lo relativo a las restituciones.



ponsabilidad extracontractual contra el autor del fracaso de la operación (14). En el derecho del consumo, cuando el vendedor o proveedor de servicios originó el fracaso de la operación, puede ser condenado a garantizar al prestatario el pago del préstamo o el pago de daños-intereses al prestamista y al consumidor (15).

En el derecho francés, entonces, el establecimiento de un vínculo directo entre no contratantes sólo concierne al prestamista y al vendedor o proveedor de servicios incumplidor. Su único objetivo es aliviar al consumidor de la carga del pago del préstamo o de una parte

solamente cuando no originó el fracaso de la operación. Contrariamente al Anteproyecto argentino, el derecho francés no establece ninguna acción directa de terceras personas entre sí, pero establece un participante como garante de la ejecución de la obligación del otro, además del recurso a la responsabilidad extracontractual, de suerte que todos los participantes pueden acudir a la misma jurisdicción para resolver las consecuencias del fracaso de la operación global buscada.

Finalmente, la diferencia más perceptible entre el derecho francés del consumo y el Anteproyecto argentino de Ley de Defensa del Consumidor tiene que ver con el principio del efecto relativo de los contratos. Las relaciones surgidas de contratos conexos preservan el efecto relativo en el derecho francés, mientras que constituyen una excepción al efecto relativo en el derecho argentino.

---

(14) Cas. Com., 12/7/2017, 2 fallos, nro. 15-23552 y nro. 15-27703.

(15) Art. L. 312-56 del Cód. Consumo aplicable al crédito afectado. Ninguna disposición equivalente existe en materia de crédito inmobiliario, pero el prestatario podría valerse de la solución del derecho común.



# La protección de los consumidores en Alemania: breve panorama

---

ÁLVARO J. PÉREZ RAGONE (\*)

## I. Introducción (1)

En los últimos años, la conciencia pública sobre la protección del consumidor ha aumentado considerablemente en Alemania. La tarea de la protección del consumidor es equilibrar un desequilibrio de manera efectiva(2). Del lado de las empresas infractoras, esto con-

duce a una cantidad considerable de ingresos. Sin embargo, muchas veces perjudican a los consumidores(3).

En este contexto, se están llevando a cabo discusiones en Alemania y a nivel europeo sobre cómo mejorar la aplicación de los derechos de los consumidores individual y en especial colectivamente. En el centro del debate se encuentran, además la resolución alternativa de conflictos(4). No obstante la recomendación de la UE del 2013, algunas partes de la economía expresan escepticismo, especialmente con respecto al modelo de EE. UU. y el temor a la “industria de juicios” (5).

---

(\*) LL.M. y Doctor en Derecho (U. de Colonia, Alemania). Postdoctorado Alexander-von Humboldt Fellow. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Profesor Invitado externo permanente Universidad Católica del Norte (Antofagasta). Profesor Titular de Derecho Procesal Civil (Universidad San Pablo-T).

(1) Abreviaturas a emplearse y significado: AGBG *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGBG Ley de Regulación de las Condiciones generales de contratación); BGB *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil); BGH *Bundesgerichtshof* (Supremo Tribunal Federal Alemán); EuGH *Europäischer Gerichtshof* (Tribunal Europeo de Justicia); GWB *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley contra limitaciones a la competencia); KapMuG *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (Ley de Capital-Procedimiento patrón); OLG *Oberlandesgericht* (Superior Tribunal de alguno de los Estados federales alemanes, normalmente luego se pone el nombre del Estado); LG: Tribunal colegiado de la ciudad que se menciona; AG: Tribunal unipersonal de circuito de la ciudad que se menciona; UklG *Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts* (Ley de Cese en Derecho de los Consumidores); UWG *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Ley contra la competencia desleal); ZPO *Zivilprozessordnung* (Código Procesal Civil).

(2) SEELIGER, Daniela - GÜRER, Kaan, *Das neue Wettbewerbsregister - ein Überblick aus kartellrechtlichem Blickwinkel*, Betriebsberater BB 2017, ps. 1731-1734.

(3) BASEDOW, Jürgen, “Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz - opt-in, opt-out, wozu überhaupt?”, in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 1/2004, ps. 1-4; HALFMEIER, Axel - WIMALASENA, Philip, “Rechtsstaatliche Anforderungen an Opt-out-Sammelverfahren - Anerkennung ausländischer Titel und rechtspolitischer Gestaltungsspielraum”, in: *Juristenzeitung (JZ)* 13/2012, ps. 649-658; STADLER, Astrid, “Die internationale Anerkennung von Urteilen und Vergleichen aus Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes mit opt-out Mechanismen”, en GEIMER, Reinhold - KAISSIS, Athanassios - THÜMMEL, Roderich C. (coord.): *Ars aequi et boni in mundo*, Festschrift für Rolf. A. Schütze. Zum 80. Geburtstag, Beck, München, 2014, ps. 561-578.

(4) HODGES, Christopher - STADLER, Astrid, *Resolving Mass Disputes, ADR and Settlement of Mass Claims*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2013, ps. 15-30.

(5) Directiva 2013/11/EU del 21 de mayo 2013 que modifica el reglamento 2006/2004 y el reglamento 2009/22/EG; a propósito, SCHUETTEL, Nadine, *Streitbeilegung im Internet - Zukunft oder Irrweg?*, Scientific Publication, Karlsruhe, ps. 316-320.

En el último tiempo se introdujo la noción también de “Consumidor vulnerables” ha tomado fuerza. En cualquier caso, de acuerdo con las ideas de la Comisión, la tríada empírica de consumidores confiables/vulnerables/responsables se vinculan (6). En efecto las condiciones comunes del consumidor son conocimiento limitado de sus derechos y cómo hacerlos valer (7).

En Alemania no hay una “Ley de protección del consumidor” como ley especial que concentre los derechos y mecanismos de protección de los consumidores. Las normas legales que sirven a los objetivos de protección del consumidor existen en muchas leyes singulares. Esto se debe a que el consumidor es considerado como un “consumidor” solo en ciertos contextos sociales. Quizás el buen funcionamiento de los órganos administrativos se supervigilancia justifique la no judicialización. Pero la enorme cantidad de decisiones prejudiciales sobre el tema que ingresan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE/ EuGH en alemán) podrían demostrar la hiposuficiencia de tanta dispersión normativa (8). No obstante, prevalece la “apatía racional” de las personas afectadas, como norma, con el resultado de que no se tu-

telan las reclamaciones existentes (9). Si una pregunta sobre los motivos de la visión restrictiva de la legislatura alemana, no hay una sola, sino muchas respuestas posibles (10). A ello se suma la interpretación nacional autónoma del Reglamento sobre Competencia, Reconocimiento y ejecución de resoluciones arts. 17 y 18 especialmente son de interpretación autónoma y estricta en la UE (11).

Hay en Alemania una dispersión normativa que deben a veces emplearse normas conjuntamente para casos individuales o colectivos. Este aporte comienza con la descripción de la protección general y derecho de los consumidores desde el Código Civil (BGB) (II) para luego adentrarse en la selva legislativa que resguarda o implementa esos derechos en forma individual o colectiva. Continúa con la insolvencia del consumidor (III), sigue con la regulación de la tutela en el ZPO (IV). Esta primera parte para la tutela individual, aunque téngase presente que el BGB se aplica indistintamente para casos colectivos o individuales. Las partes que siguen se concentran en la tutela colectiva: una introducción (V), las acciones de grupo (VI) la acción de cese (VII) la de violación a la ley de la competencia (VII) las destinadas a la tutela co-

(6) TONNER, Klaus - HALFMEIER, Axel - TAMM, Marina, *EU-Verbraucherrecht auf dem Prüfstand, Erkenntnis-se aus Verbrauchersicht* 7. Juli 2017, Verbraucherzentrale Bundesverband.

(7) DÜRR-AUSTER, Heiko, *Die Die Qualifikation als Gruppen- oder Verbandskläger im kollektiven Rechtsschutz*, Mohr, Tübingen, 2017, ps. 10-25; LAW, Stephanie, *The transformation of Consumer Law in Time of Crisis: The ex Officio Control of Unfair Contract Terms*, Transformation of Civil Procedure, Uzelac, A. / Van Rhee, C. (coord.), Springer, Cham, 2018, ps. 283-307; BASEDOW, Jürgen, “Rechtsdurchsetzung und Streitbeilegung Die Vielfalt von Durchsetzungsformen im Lichte von Zielkonflikten”, *Juristenzeitung (JZ)*, vol. 73, nro. 1, enero 2018, ps. 1-12.

(8) Solo como ejemplo: EuGH, 07.12.2010 - verb. Rs. C-585/08 und C-144/09, *Peter Pammer ./ Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH ./ Oliver Heller*, Slg. 2010, I-12527 (ECLI:EU:C:2010:740) = EuZW 2011, p. 98; en detalle PAULUS, David, *Die Grenzen zivilprozessualen Verbraucherschutzes Zugleich Besprechung des Vorabentscheidungsersuchens des Obersten Gerichtshofs (Österreich) an den EuGH vom 19.09.2016*, Rs. C-498/16, *Maximilian Schrems ./ Facebook Ireland Limited*, Zeitschrift für Internationale Zivilprozessrecht (21) 2016, ps. 199-234.

(9) ALEXANDER, Christian, *Gemeinschaftsrechtliche Perspektiven der kollektiven Rechtsdurchsetzung*, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), 2009, ps. 683-690; KESSLER, Jürgen, “Die europäische Richtlinie über Schadensersatz im Wettbewerbsrecht - Cui bono?”, in: *Verbraucher und Recht (VuR)*, 3/2015, ps. 83-91; JANAL, Ruth M., *Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz*, Mohr, Tübingen, 16-20; AUGENHOFER, Susanne, *Individualrechtliche Ansprüche des Verbrauchers bei unlauterem Wettbewerbsverhalten des Unternehmers*, in: *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)*, 2006, ps. 169-178.

(10) MELLER-HANNICH, Caroline - HÖLAND, Armin, “Abschlussbericht - Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente für Verbraucher im nationalen Recht und rechtliche Bewertung ausgewählter Ansätze zu ihrer Fortentwicklung”, 2011, [http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Service/ AnWis/ Heft523.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Service/AnWis/Heft523.pdf?__blob=publicationFile) (visitado 10/2/2019).

(11) KOCH, Harald - ZEKOLL, Joachim, *Europäisierung der Sammelklage mit Hindernissen*, in: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEUP)*, 2010, ps. 107-128; comp. el concepto con la decisión EuGH, 17/9/2009 - Rs. C-347/08, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse ./ WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG*, Slg. 2009, I-8661 (ECLI:EU:C:2009:561) nro. 44.

lectiva del ZPO especialmente el proceso muestra, (VIII) las soluciones no judiciales y amigables (XI) para cerrar con una conclusión (X).

## II. La protección de los consumidores en el derecho civil (BGB)

El término de “consumo” desde 1999 ha sido modificado por la Directiva de Derechos del Consumidor. “Consumidor” es, según el artículo 2 (1) de la Directiva 2011/83/UE, “cualquier persona física que celebre contratos cubiertos por la presente Directiva para fines ajenos a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”. Justamente se menciona la antigua directiva de 1999 ya que motivó la gran reforma en el 2002 del Derecho de las Obligaciones en Alemania en el BGB (*Bürgerliche Gesetzbuch*) (12).

### II.1. Venta de consumo

La compra de bienes de consumo existe cuando un consumidor adquiere un artículo mueble de una empresa § 474 BGB (Código Civil Alemán). El término “bien de consumo” refiere solo a que es de un consumidor a un empresario según § 474 I 1 BGB. Estos pueden ser nuevos y usados (13). Por lo tanto, no es compra de un consumidor es cuando un consumidor vende algo físico a un empresario u otro consumidor. Las regulaciones sobre la venta de bienes de consumo tampoco son aplicables en la relación empresario-empresario (14).

### II.2. Consumidor-empresario

El término consumidor se define en la parte general de BGB, en § 13 BGB (Código Civil Alemán), y por lo tanto se aplica a todo el Código Civil y, además, a toda la legislación civil alemana. Según § 13 BGB, el consumidor es “cualquier persona física que concluye una transacción legal para fines que no pueden atribuirse ni a su actividad comercial ni a su actividad

profesional independiente” (15). Por otro lado, las empresas de nueva creación no son, en principio, consumidores, en el sentido de la ley de ventas al consumidor, cuando celebran contratos orientados a su actividad empresarial, pero un acto preparatorio para iniciar una empresa sigue siendo un negocio de consumo.

Cualquier persona que no sea una persona jurídica puede ser un consumidor. La comunidad de fracción, una comunidad de propiedad matrimonial o una comunidad de herederos son, por lo tanto, consumidores, en el sentido del § 13 BGB, si no actúan de manera independiente profesional o comercial. La comunidad de propiedades residenciales (WEG) (*Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht* - Ley sobre vivienda y larga residencia) también recibió la capacidad legal de la comunidad de personas pero no es consumidor. Solo si un individuo de una WEG realiza una transacción de consumo es consumidor es en el sentido del § 13 BGB (16). Sin embargo, en el contexto de las decisiones sobre GbR (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts* - Sociedad civil) da lugar a discusiones (17). De acuerdo con la redacción, ni la sociedad legal ni la entidad legal podrían, por lo tanto, ser consumidores en el sentido del § 13 BGB (18). Le corresponde probar al consumidor ha realizado la transacción de manera objetiva para un propósito predominantemente privado según el § 13 BGB (19).

El empresario está conceptualizado en § 14 BGB. En consecuencia, un empresario es “una persona física o jurídica o una sociedad con personalidad jurídica que, en el curso de una transacción legal, actúa en el ejercicio de su actividad

(12) *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26/11/2001 (BGBl. I S. 3137), 1/1/2002 en vigencia.

(13) SCHRÖDERER, Martin, *Der Unternehmerregress beim Verbrauchsgüterkauf im Falle von Grenzüberschreitenden Handelskaufen*, Mohr, Tübingen, 2016, ps. 59-62.

(14) REPGEN, Tilman, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 2001, p. 187.

(15) FRIES, Martin, *Verbraucherrechtsdurchsetzung*, Mohr, Tübingen, 2016, ps. 14-15; STAUDINGER / HABERMANN, Norbert, *BGB Kommentar, Allgemeiner Teil*, t. 1, § 1-14, Sellier-De Gruyter, Berlín, 2018, §13, nros. 1-8.

(16) Contundente la sociedad civil no es un consumidor según el Supremo Tribunal BGH, Urteil vom 30. März 2017 - VII ZR 269/15. Al respecto la jurisprudencia comunitaria es contradictoria entre sí, así EuGH, 22/11/2001, C-541/99, C-542/99, Rn. 15-17 (*Idealservice*).

(17) BGH, 2.6.2005, V ZB 32/05.

(18) STAUDINGER/HABERMANN, Norbert, *BGB Kommentar, Allgemeiner Teil*, t. 1, § 1-14, Sellier-De Gruyter, Berlín, 2018, §14, ps. 585-600.

(19) Ídem.

profesional comercial o independiente". El criterio decisivo es que la persona o sociedad comercializa con el propósito de su actividad profesional comercial o independiente § 14 I BGB (20).

### II.3. Remedios primarios y secundarios

Como remedio primario, el vendedor está obligado al comprador a que pueda adquirir el título de la propiedad libre de derechos y no defectuoso. Ella ya que obligación principal se aplica al vendedor del contrato de compra, independientemente de si el comprador es un consumidor o no. El concepto de defecto material o el término defecto no se define en las § 434 ss. BGB. Solo se define negativamente cuando una cosa carece defectos. (i) Existe un defecto material, si la cosa no corresponde a las condiciones de la § 434 BGB. En consecuencia, el artículo está libre de defectos si tiene la calidad acordada en el momento de la transferencia del riesgo, § 434 I 1 BGB (21). El BGH (Supremo Tribunal Federal) ha decidido que la naturaleza de un artículo comprado debe considerarse como todos los factores que son inherentes al artículo en sí (22). La garantía de calidad conforme a § 434 I 1 BGB debe distinguirse de la cláusula especial a § 443 BGB. Así en el § 434 I 2 BGB en primer lugar hace referencia al uso que presupone el contrato: al uso habitual y condición habitual (23). (ii) Un error de montaje también es un defecto material, § 434 II BGB. Por el contrario, no existe ningún defecto material en el caso de una entrega excesiva, debe devolver el consumidor lo que exceda al empresario (24). (iii) Sin embargo, se discute si la directriz de compra de bienes de consumo también se refiere a los defectos legales. Las regulaciones especiales de la venta de bienes de consumo, que es en definitiva una compraventa, justifican su inclusión (§ 475 I BGB, y §§ 433-435 BGB) (25).

(20) Ídem.

(21) MACKENRODT, Mark-Oliver, *Technologie statt Vertrag?: Sachmangelbegriff*, Tübingen, ps. 180-184.

(22) BGH Urt. 15/6/2016, VIII ZR 134/15.

(23) RYBARS, Jonas, *Billigkeitsabwägungen im Kontext des Europäischen Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 2011, ps. 180-184.

(24) MACKENRODT, Mark-Oliver, *Technologie statt Vertrag?: Sachmangelbegriff*, Mohr, Tübingen, ps. 180-184.

(25) Tribunal de la ciudad de Bochum LG Bochum, 2017, 382; Tribunal de la ciudad de Frankfurt LG

El comprador goza también de remedios secundarios que puede hacer valer en virtud de § 437 BGB en la entrega de un artículo defectuoso. (i) En este caso, el comprador puede exigir una actuar suplementaria adicional para eliminar el defecto (§ 439 I BGB), rescindir el contrato de compra o bien reducir el precio de compra y exigir daños o bien exigir el reembolso de gastos inútiles según § 437 no. El derecho de rechazo del vendedor solo existe en el caso de una relativa desproporcionalidad, es decir, si de hecho fueran posibles dos tipos de desempeño posterior. Esto también ha sido aclarado por el legislador a partir del 1.1.2018 por la nueva versión de las secs. 439 III, 475 IV BGB. A partir del 1.1.2018, un nuevo párrafo 3 en se insertó en el artículo 439 BGB disponiendo ahora que los costos suplementarios son exigibles como suplementario, independientemente de si se trata de un negocio empresarial-emprendedor o de una compra de bienes de consumo (26). (ii) De acuerdo con las §§ 440, 437 nro. 2, 440, 323, 323 V BGB, el comprador puede rescindir el contrato de compra o reducir el precio de compra de acuerdo con las §§ 437 nro. 2, 441 BGB, salvo que sea insignificante el vicio procede solo reducir el precio de compra (27). El comprador solo puede hacer valer estos derechos si no sabía o no debiera haber sabido sobre el mismo según § 441 I BGB (28). (iii) De conformidad con las § 437 nro. 3, 280 I, III, 281 BGB o las secs. 437 nro. 3,

Frankenthal, 2017, 385; Tribunal de la ciudad de Kleve LG Kleve, *Verbraucher und Rech* 2017, 232; Tribunal de la ciudad de Offenburg LG Offenburg, *Verbraucher und Rech* 2017, p. 269; AUKTOR, Christian - MÖNCH, Harald, *Nacherfüllung - nur noch auf Kulanz?*, NJW 2005, 1687; con la nueva redacción aplica lo decidido por el TJUE en sentencia del 16/6/2011 - Rs. C-65/09, C-87/09; PFEIFFER, Thomas, *Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des ... Die Quelle-Folgeentscheidung des BGH*, Neue Juristische Wochenschrift 2009, 412; decisión del BGH, 13/4/2011, VIII ZR 220/10, Rn. 37.

(26) SAENGER, Ingo, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Schulze, Reiner (coord.), Nomos, Berlin, 2019, § 440, nro. 1-5, § 437, nro. 1-7, § 440 nro. 1-5 y 323 nro. 1-8, BGB.EuGH, 15/1/2015, C-573/13, ECLI:EU:C:2013:11 - Air Berlin.

(27) SAENGER, Ingo, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Schulze, Reiner (coord.), Nomos, Berlin, 2019, § 437, nro. 1-18.

(28) Uno de los problemas planteados en el famoso caso de *Volkswagen*, vinculado a ello y los diferentes defectos e importancia ver lo decidido en Superior Tribunal de Justicia Administrativa-BVerwG 7 C 26.16 del 27/2/2018.

280 I, III, 283 BGB o las § 437 nro. 3, 311 a BGB, el comprador puede reclamar daños al vendedor en el lugar de cumplimiento de la obligación. Se excluye de acuerdo con § 281 I 1 BGB, si el defecto es irrelevante (29). Una prescripción de cinco años se aplica a los edificios o cosas que se han utilizado para la construcción de acuerdo con su uso habitual, § 438 I nro. 2 BGB. El período regular para todas las otras cosas es de dos años, § 438 I nro. 3 BGB (30).

#### II.4. Garantías

Solo en el curso de la modernización de la ley de obligaciones se incluyó el término “garantía” en el BGB que se delimita por el §434 I 1 BGB (31). Es necesario distinguir entre la garantía independiente y la garantía dependiente. (i) La garantía independiente va más allá de la ausencia de defectos. La garantía establece una responsabilidad separada, que es independiente del derecho de garantía bajo la ley comercial. (ii) En el caso de la garantía dependiente, la garantía de calidad y durabilidad de compra se extiende al beneficio del comprador según § 438 BGB (32).

#### II.5. Derechos contra terceros: fabricante, distribuidor y cadena de custodia

Bajo el derecho de ventas alemán, el comprador no tiene un reclamo directo contra el fabricante. Una reclamación directa del comprador contra el fabricante solo puede surgir de una garantía del fabricante, que el fabricante otorgó

al consumidor. El comprador tampoco tiene reclamaciones contra terceros en la cadena contractual, como el intermediario, a menos que este último haya asumido una garantía.

#### II.6. La protección financiera del consumidor

Con fecha del 11/6/2010, entró en vigor el nuevo reglamento legal para la conversión en ley de la Directiva a la ley alemana. El propósito de la Directiva de crédito al consumo 2008/48/CE es proteger mejor a los consumidores en ciertas transacciones financieras. Los afectados son los acuerdos de préstamo, corretaje de préstamos, pagos a plazos y arrendamientos financieros. Los patrones de contrato uniformes y una mejor obligación de información deben permitir al consumidor obtener una mejor comparación de crédito (33).

Según la § 491a BGB, el cliente debe estar completamente informado antes de la firma y debe estar informado sobre los componentes, obligaciones y términos de su préstamo (34). La muestra debe exhibir todos los costos del préstamo (35). Si el consumidor ha decidido demasiado rápido y apresuradamente para concluir un acuerdo de crédito, puede ejercer su derecho de retiro y rescindir el contrato de crédito dentro de los 14 días según §502 (1) nro. 1 BGB (36).

#### III. Protección del consumidor sobreendeudado

A partir del 1/7/2014, entró en vigencia la esperada nueva ley de insolvencia para el con-

(29) KOHLER, Jürgen, § 281 Abs. 4 BGB und das Ende des Erfüllungsanspruchs, *uristische Ausbildung*, vol. 36, Issue 9, ps. 872-887; SAENGER, Ingo, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Schulze, Reiner (coord.), cit., § 437, nro. 1-7; GIESSEN, Richard, *Verhältnis der Verzögerungsschaden zum Schaden statt der Leistung*, in *Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr, Tübingen, ps. 263-289.

(30) SAENGER, Ingo, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Schulze, Reiner (coord.), cit., § 438, nro. 1-5.

(31) BERGER, Christian, *Der Beschaffenheitsbegriff des 434 Abs. 1 BGB*, *Juristenzeitung*, 6 (2004), p. 276; SAENGER, Ingo, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Schulze, Reiner (coord.), cit., § 434, nro. 1-8.

(32) SAENGER, Ingo, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Schulze, Reiner (coord.), cit., § 443, nro. 1-5; HEILMANN, Jan, *Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht*, Duncker & Humblot, 1994, Berlin, ps. 677-690.

(33) KULKE, Ulrich, *Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungs- diensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht* - Teil 2, *Verbraucher und Recht*, 2009, p. 373; sobre la importancia del tema ver lo decidido por el TJUE EuGH (2. Kammer) 20/9/2017, C-186116.

(34) PRÜTTING, Hanns - WEGEN, Gerhard - WEINREICH, Gerd, *BGB Kommentar*, 11 Ed., Luchterhand, Köln, 2016, BGB § 491a; ADY, Johannes - PAETZ, Friedericke, *Die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie in deutsches Recht und besondere verbraucherpolitische Aspekte*, *Wertpapiermitteilungen WM* 2009, p. 1061

(35) SCHÜRNBRAND, Jan, *Das neue Recht der Verbraucherkredite und der verbundenen Verträge*, *Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung* Band 30, 2010, p. 173.

(36) Comp. lo decidido por el Supremo Tribunal Federal alemán BGH 12/9/2017 XIZR365/16.

sumidor. Una liberación de la deuda después de tres años, en lugar de seis años hasta ahora, desafortunadamente solo es posible si el deudor puede pagar el 35% de los reclamos de los acreedores. Junto con los costos del proceso, entonces tiene que aumentar un total de casi el 40 por ciento. Como resultado, para la gran mayoría de los deudores, es poco probable que se considere una exención reducida de la deuda residual, ya sea porque no pueden pagar este alto porcentaje de satisfacción de los acreedores o, si pueden pagar esta alta proporción. Es posible que reciban ayuda profesional con regularidad. Para llegar a un acuerdo extrajudicial mucho más rápido con los acreedores sin tener que pasar por un proceso de recuperación de deuda durante tres o cuatro años (37). Existen asociaciones autorizadas que brindan asesoramiento sobre las alternativas para el consumidor sobreendeudado como Caritas Alemania por ejemplo (38).

Es importante destacar, sin embargo, que de acuerdo con la reforma del 1/7/2014, los consumidores podrán pagar sus deudas con la ayuda del procedimiento de un plan programado de insolvencia (39).

#### IV. Los procesos de tutela individual en el Código Procesal Civil

El consumidor puede acudir e iniciar alguno de los procesos que están regulados en el ZPO, ya el procedimiento ordinario de mayor duración, que seguramente por el monto del reclamo no será el escogido. Por la cuantía hasta 5000 Euros es competente el AG (*Amtsgericht* - Tribunal unipersonal de distrito). Puede acudir

(37) DOLLER, Jan - LISSLER, Stefan, *Insolvenzrecht kompakt*, Reckinger, 2016, Sieburg, nros. 26, 27, 28.

(38) Deutscher Bundestag, *Überschuldung von Privatpersonen Möglichkeiten der Beratung und Entschuldung sowie statistische Daten zu betroffenen Personenkreisen*, Ausarbeitung Seite 2 Wissenschaftliche Dokumentation (WD) 7 - 3000 - 2018/18, *passim*.

(39) STAPPER, Florian, *Insolvenzplan für natürliche Personen*, Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht, (8) 2018, ps. 303-320; FRIEDRICH, Thomas A. 2011: *Bericht aus Brüssel - Tauziehen um Verbraucherrechte geht in eine neue Runde*, in: *Versicherungswirtschaft (VW)*, p. 633; DOLLER, Jan - LISSLER, Stefan, *Insolvenzrecht kompakt*, Reckinger, 2016, Sieburg, nros. 26, 27, 28.

el consumidor al procedimiento ordinario, pero individualmente por el monto puede hacer uso del proceso de pequeñas causas menor cuantía dispuesto por el 495a ZPO, el procedimiento es informal escrito, puede el juez según su discreción ordenar audiencias cuando la suma no exceda los 600 Euros. El tribunal competente es el *Amtsgericht* (Tribunal unipersonal de circuito), el juez debe velar por la igualdad de armas de las partes. A petición de las partes el juez debe convocar a audiencia y aplicar oralidad no obstante su discrecionalidad siendo un procedimiento simplificado e inapelable (40).

Finalmente, otro instrumento importante con el que cuenta el acreedor consumidor es el proceso monitorio §688 y ss. ZPO, que no necesita abogado, es posible utilizar los formatos predispuestos y on-line, sin necesidad de prueba alguna contra el demandado. Este será intimado judicialmente para que se oponga, si no lo hace se le informa frente a una nueva intimación que la misma adquiere el efecto de sentencia firme y con cláusula de ejecutabilidad. Es necesario aclarar que si se trata de un contrato financiero el juez de oficio controlará las cláusulas y en su caso adecuará el monto frente a intereses desmesurados o cláusulas abusivas (41).

A ello hay que sumar que a nivel comunitario existe el Reglamento por pequeñas causas y el monitorio europeo lo que permite una tutela transfronteriza del consumidor.

#### V. Protección colectiva: introducción

La UE en particular con respecto a los recursos legales y reclamaciones por daños colectivos, no está actualmente satisfecha. (42) Ya en 2013, la Comisión de la UE instó a los Estados miembros a permitir acciones conjuntas de medidas cautelares y daños. Desde entonces, sin embargo,

(40) DEPPENKEPER, Günther, *Münchener Kommentar ZPO*, t. 2, Beck, München, 2016, §495-510c.

(41) SCHÜLER, Stefan, *Münchener Kommentar ZPO*, t. 2, Beck, München, 2016, § 688 y ss.

(42) Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea de 2 de octubre de 2001 COM (2001) 531; comp. KOCH, Harald - ZEKOLL, Joachim, *Europäisierung der Sammelklage mit Hindernissen*, in: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2010, ps. 107-128.



poco ha sucedido (43). Nuevamente se presenta una propuesta en la EU modernizada en el 2018 en relación con la del 2009 (44).

Los procedimientos colectivos en Alemania pueden ser (45): (i) Acciones contra una sociedad (*Rechtsverfolgungsgesellschaft*) por uno o más de sus miembros, (ii) Acciones de grupo (*Gruppenklage*) (sin regulación precisa, similares aunque alejadas de *Class Actions* de EE. UU.), (iii) acciones colectivas presentadas por asociaciones de consumidores o fideicomisarios (*Verbandsklage*) (iv) procedimientos modelo o patrón (*Musterverfahren*) que bien puede ser un medio para hacer valer una acción de grupo. Las disputas colectivas acuden a leyes como la de cese (UKIA), la de defensa de la Competencia (GWB) y los llamados procesos patrones o muestras (46).

(43) STADLER, Astrid, *Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz in Europa - Der Abschied von einem kohärenten europäischen Lösungsansatz?*, in: *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* 5/2013, ps. 281-292.

(44) Bruselas, 11/4/2018 COM (2018) 184 final 2018/0089 (COD): Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo; relativo a Alemania, Micklitz, Hans-W., *Les différentes formes d'action collective en projet en Allemagne*, Colloque Actions Collectives Cour de Cassation, 2. Juin 2005, Paris accesible en [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/differentes\\_formes\\_actions\\_coll\\_all.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/differentes_formes_actions_coll_all.pdf) (última visita 10/1/2019).

(45) FRIES, Martin, *Verbraucherrechtsdurchsetzung*, Mohr, Tübingen, 2016, ps. 170 y ss.; HARALD, Koch, *Europäischer kollektiver Rechtsschutz vs. amerikanische "class action": Die gebändigte Sammelklage in Europa?*, in: *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, 2013, ps. 1059-1070; BEHRENDT, Phillip - ENZBERG, Donata, *Auf dem Weg zur Class Action in Europa?*, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)* 5/2014, ps. 253-259.

(46) MÖLLERS, Thomas M. J. - PREGLER, Bernhard, *Zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung und kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht - Ein Vergleich der kollektiven Rechtsdurchsetzung im Wettbewerbs-, Kartell-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, in: *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR)* 176 (2012), S. 144-183. Jurisprudencia al respecto: OLG München, Urt. v. 26/6/2008 - 29 U 2250/08; LG München, Urt. v. 15/1/2009 - 12 O 13709/08; LG Düsseldorf, Urt. v. 17/5/2006 - 12 O 496/05, bei Reiseverträgen/Flugreisen (BGH, Urt. v. 9/7/2009 - Xa ZR 19/08; Comp. con Deutmoser, Ralf, *Die Büchse der Pandora - Kollektiver Rechtsschutz in Europa*, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 17/2013, S. 652-657.

El término “colectivo” tiene un doble significado en el contexto de la protección legal: Por un lado, describe la estructura del operador y por otro el propósito de la acción de la reclamación. La parte que reclama no es un individuo, sino un grupo o asociación (47). La discusión central permanente es sobre la inclusión o no de las llamadas acciones de grupo (símil de las *class actions* americanas) donde como vimos las posiciones son bastantes discutidas (48).

## VI. Las acciones de grupo y derecho de los socios frente a la sociedad

### VI.1. Acciones de grupo

Son las ejercidas por consumidores que se juntan y acumulan sus acciones para la tutela de sus derechos. No hay una regulación especial al respecto así que se aplica el litisconsorcio del ZPO rigiendo principalmente el *opt-in* tanto en la admisibilidad que pueda hacer el tribunal de nuevos afectados como en la de los mismos interesados. Quizás el proceso más cercano asimilable a una acción de grupo sea el proceso muestra o patrón que veremos más adelante (49).

### VI.2. Derechos de los socios frente a una sociedad

Pueden actuar por sí o ceder sus derechos los socios que como individuos se ven afectados en sus derechos por la sociedad. Un grupo de socios (o a quien haya cedido sus derechos como por ejemplo a una empresa de cobro) afectados podría bajo requisitos que son bien rígidos ac-

(47) RODGER, Barry J., “Collective Redress Mechanisms and Consumer Case-Law”, en: RODGER, Barry J. (coord.): *Competition Law Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU*, 2014, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, ps. 157-192; ALEXANDER, Christian, “Kollektiver Rechtsschutz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht”, en: *Juristische Schulung (JuS)* 7/2009, S. 590-594; MONTAG, Jerzy, *Kollektiver Rechtsschutz in Europa und der Gesetzesentwurf zur Einführung von Gruppenklagen*, en: *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 2013, ps. 172-175.

(48) En favor el informe de la asociación de consumidores alemanes Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV), *Gruppenklage: ein Prozess, aber viele Gewinner - Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbands für die Einführung von Gruppenklagen*, 2013, Berlin.

(49) FRIES, Martin, *Verbraucherrechtsdurchsetzung*, Mohr, Tübingen, 2016, ps. 173-174.

cionar contra la sociedad en una acción colectiva que se registrará por §2 inc. 2 y § 10 inc. 1 Ley RDG (Rechtsdienstleistungsgesetz-Ley de prestación y asesoramiento jurídico) para resguardar los derechos comerciales societarios individuales. Si se suman varios puede ser una acción de carácter colectiva. Su uso y aplicación es muy escasa y lo cierto es que lo societario hace difuso distinguir derechos de consumidores (50).

## VII. Acciones de cese

L UKLG (*Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrecht- und andere Verstößen* - ley de cese para derecho de los consumidores y otras faltas) Esta ley estaba pensada para proteger al consumidor mediante el control y la declaración de invalidez de las cláusulas generales de contratación (AGB), pero éstas ya quedaron incluidas en la reforma del BGB 2002. No obstante, sigue la ley cumpliendo un rol de proceso colectivo para protección frente a dichas cláusulas y otras faltas que violen derecho de los consumidores mediante una acción declarativa: el rol de control y revocación o anulación es el rol principal de la ley. Acá es importante partir que solo están legitimadas determinadas asociaciones vinculadas con la protección de los consumidores. La lista de instituciones calificadas de acuerdo con el art. § 4 UKLaG, las lleva la Oficina Federal de Justicia. De esta manera, los tribunales tienen la posibilidad de declarar el derecho de demandar en los procedimientos por referencia a la lista. Sin embargo, no es automática la legitimación, depende de evaluaciones suplementarias que puede realizar el juez del caso (51). Estas a su vez deben ser representadas por un abogado según el art. 78, 2 ZPO (52).

Según la información de la Oficina Federal de Justicia, primero se enviará un cuestionario, el cual debe completarse. Además, se realizan consultas sobre el solicitante en la *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V* (Asociación Federal Central de Consumidores), la Cámara de Indus-

tria y Comercio de Alemania, así como en la Cámara de Comercio e Industria localmente competente. Para poder comprender si los requisitos de § 4 (2) UKLaG realmente existen, los solicitantes también deben presentar un extracto actual del registro de asociaciones, los artículos de la asociación, una lista de miembros y una visión general de la situación financiera (53).

Con el fin de contrarrestar una pérdida de derechos a través del paso del tiempo, es posible presentar en una advertencia previa, por lo tanto, así evitar el riesgo de una decisión que rechace una cautelar. Sin embargo, es útil es que la urgencia requerida acc. § 12 Abs. 2 UWG puede presumirse. Esta presunción se refuta si el solicitante ha estado inactivo durante mucho tiempo y parece haber asumido las condiciones existentes (54). Aunque el resultado del proceso será como una sentencia declarativa. La desobediencia a la orden judicial cautelar o de la sentencia conlleva una multa en beneficio de las arcas del Estado. La sentencia se ejecuta según las disposiciones comunes del ZPO sobre ejecución (55).

Con la ley puede ordenarse el cese de una conducta del empresario, medidas cautelares y otras para el resguardo de los derechos de los consumidores (56). Su ámbito de actuación es amplio incluso para protección del derecho de propiedad intelectual. Así y no obstante lo detallado la doctrina la considera insuficiente para la adecuada tutela colectiva de los consumidores (57). El problema del financiamiento de los litigios de las asociaciones de consumidores

(53) FRITZSCHE, Jörg, *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, Springer, Berlin, 2000, ps. 10-25.

(54) ALEXANDER, Christian, "Gemeinschaftsrechtliche Perspektiven der kollektiven Rechtsdurchsetzung", *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)*, 2009, p. 683-690; STADLER, Astrid, *Beseitigungsklagen durch Verbände im AGB-Recht*, en: MELLER-HANNICH, Caroline; HAERTLEIN, Lutz; GAUL, Hans Friedhelm; BECKER-EBERHARD, Ekkehard (coord.): *Festschrift für Eberhard Schilken*. Zum 70. Geburtstag, Beck, München, 2015, ps. 481-497.

(55) MIKLITZ, Hans - ROTT, Peter, *Münchener Kommentar ZPO*, 5a. ed., Beck, München, § 5, nro. 16.

(56) MIKLITZ, Hans - ROTT, Peter, *Münchener Kommentar ZPO*, 5a. ed., Beck, München, § 5.

(57) DOMEJ, Tania, "Germany Report", in *Standing up for your Right(s) in Europe*, Eliantonio/Baches, Van RheeSproken/Berle (coord.), Intersentia, Cambridge,

(50) Ídem, ps. 171-173.

(51) MIKLITZ, Hans - ROTT, Peter, *Münchener Kommentar ZPO*, 5a. ed., Beck, München, nro. 1-3, introducción.

(52) TOUSSAINT, Guido, *Münchener Kommentar ZPO*, 5ª ed., Beck, München, §78; EPINEY, Astrid, "Gemeinschaftsrecht und Verbandsklage", en: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1999, ps. 485-495.

también afecta su práctica de protección al consumidor. Las brechas en el proceso de asociación deben ser eliminadas según la sentencia del BGH (58).

### VIII. Las acciones de consumidores en el marco por competencia desleal

La mayoría de los procedimientos relacionados con el consumidor en la ley de competencia se llevan a cabo en forma de reclamaciones de remoción y medidas cautelares en virtud del § 8 UWG. Los temas principales se encuentran sobre todo en el área de publicidad engañosa y, por lo tanto, publicidad desleal, políticas de revocación incorrectas y / o incompletas o identificaciones de proveedores en la presencia en Internet. En contraste con los procedimientos bajo la UKlaG también pueden estar legitimados los competidores. § 8 párr. 3 no. 1 Ley UWG. Como resultado, una gran cantidad de procedimientos son iniciados por competidores. Para el ajuste del mercado, por lo tanto, se ha desarrollado un control mutuo independiente (59).

Si bien UKLA y UWG están dirigidos a diferentes situaciones y tienen diferentes contenidos regulatorios, existen interfaces entre las dos leyes que permiten que el contenido y los problemas de una se transfieran a la otra. Por un lado, surge la pregunta de si las violaciones a la legislación de protección al consumidor también son anticompetitivas. En el caso del § 4 nro. 11 UWG, esto llevaría a un área de aplicación superpuesta del UWG y el UKlaG (60). Desde el

2012, p. 279; MIKCLITZ, Hans - ROTT, Peter, *Münchener Kommentar ZPO*, 5a. ed., Beck, München, Introducción.

(58) BGH, Urt.v.12.12.2007-IVZR130/06; Urt.v.12.12.2007-IVZR144/06.

(59) KESSLER, Jürgen, *Verbraucherschutz im GWB de lege lata und de lege ferenda - Anmerkungen zur 8. GWB-Novelle*, en: *Verbraucher und Recht (VuR)* 10/2012, ps. 391-400. Sobre reformas posteriores ver KESSLER, Jürgen - MICKLITZ, Hans-W., "Das neue UWG - auf halben Weg nach Europa?", en: *Verbraucher und Recht (VuR)*, ps. 88-95; KESSLER, Jürgen, *UWG und Verbraucherschutz Wege und Umwege zum Recht der Marktkommunikation*, in: *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 3/2005, ps. 264-274.

(60) Comp. BIEN, Florian, "Perspektiven für eine europäische Gruppenklage bei Kartellverstößen? - Die Opt out-Class Actions als Äquivalent der Vorteilsabschöpfung", en: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart)*, S.

8 de julio de 2004, el UWG modificado está en vigencia, que regula en §10 una demanda por injusticia por desagravio por mandato judicial y, por lo tanto, una novedad en la ley alemana: una acción colectiva dirigida al pago (61).

### IX. Las acciones en el Código Procesal Civil

#### IX.1. Representación de asociaciones §79 (2), oración 2, nro. 3 ZPO

La participación de una asociación de consumidores ya es necesaria si la aplicación es más efectiva que en el caso de una reclamación individual por parte de un consumidor dañado. Dado que casi siempre se asume un interés colectivo, esta condición ya no se estableció cuando se introdujo el § 79 1, 3) (62). Sobre la utilidad o no de la regulación en el ZPO la doctrina no es pacífica por la suficiencia o hiposuficiencia de regulación (63) (64). El mecanismo adecuado para lo colectivo sigue siendo § 59 que regula el litisconsorcio, pero con corrección la doctrina no ve en él y su regulación un medio acorde para los procesos colectivos. Quizás pueda revertirse el juicio de la hiposuficiencia con lo que se desarrollará en el punto siguiente y la reforma del ZPO 2018. Debido al costo de acumulación desacumulación de acciones y procesos por orden del tribunal

12-17; KESSLER, Jürgen, "Private Enforcement durch Beseitigungsklagen im deutschen und europäischen Kartellrecht", en: *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 8/2015, ps. 929-934; del mismo, "Die europäische Richtlinie über Schadensersatz im Wettbewerbsrecht - Cui bono?", en: *Verbraucher und Recht (VuR)* 3/2015, ps. 83-91.

(61) HIRTE, Heribert, "Sammelklagen - Fluch oder Segen?", en: *Versicherungsrecht (VersR)*, 2000, ps. 148-154; BECKER, Florian - KAMMIN, Julian, "Die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen: Rahmenbedingungen und Reformansätze", en: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 13/2011, ps. 503-509.

(62) TOUSSAINT, Guido, *Münchener Kommentar ZPO*, 5a. ed., Beck, München, §79.

(63) MELLER-HANNICH, Caroline, *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess*, Nomos, Berlin, 2008, p. 16.

(64) ALEXANDER, Christian, "Kollektiver Rechtsschutz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht", en: *Juristische Schulung (JuS)* 7/2009, S. 590-594; DOMEJ, Tania, "Germany Report", en: *Standing up for your Right(s) in Europe*, Eliantonio/Baches, Van RheeSproken/Berle (coord.), Intersentia, Cambridge, 2012, p. 279.

(§ 145 ZPO) con consecuencias de costo asociadas con riesgos considerables para los demandantes agrupados (65).

## IX.2. El procedimiento patrón o de muestra

El ámbito de aplicación de la ley. § 1 nro. 2 KapMuG (*Kapitalanleger: Musterverfahrensgesetz* - Ley de inversiones de capital - Procedimiento patrón) extendido a reclamaciones contractuales que surgen de un asesoramiento de inversión incorrecto. El objetivo de la ley, a la luz de la economía procesal, es agrupar las reclamaciones rectificadas de los inversores lesionados para la decisión de un tribunal que escoge y decide en un caso que sirve de muestra o "patrón" para el resto (§ 2 (1) KapMuG). La regulación legal en su forma concreta es realmente adecuada para reducir la carga de trabajo de los tribunales (66). El campo de aplicación es por lo tanto limitado. Se extiende exclusivamente a la inhibición de la limitación § 204 (1) no. 6a BGB sobre inversiones de capital (67).

La petición para la ejecución de un procedimiento modelo puede ser realizada por el demandante o el demandado en el tribunal de primera instancia (§ 2 Abs. 2 KapMuG). Si este es el caso, el tribunal de primera instancia somete la decisión sobre los objetivos de la determinación al tribunal regional superior (OLG). Tras la publicación de la orden de referencia, el tribunal de primera instancia suspende de oficio todos los procedimientos pendientes hasta que la decisión del tribunal sea definitiva si el resultado de la disputa depende de los hallazgos declarados (§ 8 (1) KapMuG) (68).

(65) ROTH, Herbert, "Modernisierung des Zivilprozesses", en: *Juristenzeitung (JZ)* 2014, 69, ps. 801-809.

(66) HALFMEIER, Axel - FEES, Eberhard, *The German Capital Markets Model Case Act (KapMuG) - A European Role Model For Increasing the Efficiency of Capital Markets? Analysis and Suggestions for Reform*, 2012, ps. 145-146. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1684528> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1684528>.

(67) LESER, Christoph, *Die Bindungswirkung des Musterentscheids nach dem Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz*, Diss. Tesis Doctoral, Heidelberg, 2015, ps. 10-25.

(68) Bundesgerichtshof, decisión del 19/9/2017, Az.: XI ZB 13/14, deben suspenderse los procedimientos pendientes.

El ZPO se modifica además de varias otras leyes en modificaciones menores para adecuarlas. Entró ya en vigencia en noviembre del 2018 e incorpora este proceso. De las modificaciones que nos interesan están el § 29c apartado 2 que enuncia: "(2) Un consumidor es cualquier persona física que, al adquirir el derecho a un reclamo o al establecer una relación legal, no se encuentra predominantemente en el curso de su actividad profesional comercial o independiente". Será competente según el tribunal del lugar general de jurisdicción del demandado tiene jurisdicción exclusiva, siempre que esté ubicado en el interior. Del § 148 se modifica estableciendo que si el resultado de la disputa depende de los hallazgos de un procedimiento de designación pendiente, el tribunal puede, a solicitud del solicitante no consumidor, ordenar que se suspenda el procedimiento hasta que finalice el procedimiento de designación (69).

Con el § 606 comienza la regulación detallada del procedimiento patrón (traducción que emplearemos de *Musterverfahren (Proceso patrón)*) por un lado se establece que las entidades calificadas pueden tratar de establecer la presencia o inexistencia de requisitos previos reales y legales para la existencia o no de reclamaciones o relaciones legales (objetivos de determinación) entre los consumidores y un empresario. Las entidades calificadas dentro del significado de la oración 1 son los cuerpos designados en § 3 (1) oración 1 (1) de la Ley de Cese que como miembros un número mínimo y realizar los intereses de los consumidores en una capacidad educativa o de asesoría en gran parte no comercial en el desempeño de sus deberes legales; además no presente un reclamo de muestra con el fin de obtener un beneficio; no recibir más del 5 por ciento de sus recursos financieros a través de subvenciones de la empresa.

Si se cumplen las condiciones descritas, las reclamaciones o relaciones legales de al menos diez consumidores dependen de los objetivos de determinación. La solicitud también debe contener una breve descripción de los hechos de la vida con el propósito de publicación en

(69) WASSMUTH, Guido - ASMUS, Thomas, *Der Diskussionsentwurf des BMJV zur Einführung einer Musterfeststellungsklage*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* - ZIP 2018, 657.

el registro de reclamaciones. Es requisito que al menos 50 consumidores hayan presentado efectivamente sus reclamos o estatus legal para ingresar en el registro de casos. El §607 regula con detalle el aviso de la declaración de designación haciéndose pública en el registro de reclamación que tiene funcionamiento electrónico con la siguiente información para invitar a quién tenga interés legítimo (*opt-in*). Así según el §608 hasta el final del día anterior al inicio de la primera citación, los consumidores pueden registrar reclamos o relaciones legales que dependen de los objetivos de determinación para el ingreso en el registro de reclamos (70).

Según el §610 A partir de la fecha de publicación del procedimiento declarativo patrón ninguna otra acción sobre la misma cuestión. Durante el proceso un consumidor registrado no puede iniciar una acción contra el demandado cuyo tema se relaciona con los mismos hechos de la vida y los mismos objetivos. Se permite la transacción según el § 611 que puede concluir con efecto a favor y en contra de los consumidores registrados. La transacción debe contener reglas sobre los beneficios atribuidos a los consumidores registrados, la prueba de elegibilidad que deben proporcionar los consumidores registrados; la fecha de vencimiento de los servicios y el reparto de costas entre las partes. El acuerdo requiere la aprobación del tribunal. El tribunal aprobará el acuerdo si lo considera un acuerdo amistoso apropiado de la disputa o la incertidumbre de los reclamos o las relaciones legales notificadas, teniendo en cuenta los hechos y las disputas del momento. El permiso es emitido por decisión sin oposición (71). Finalmente, según el §612 el modelo o patrón que emita el fallo se hará público después de su promulgación en el registro de la demanda (72).

#### **X. ODR (On Line Dispute Resolution) ADR (Alternative Disputes Resolución) para consumidores**

En relación a materia de consumo nos interesan y son de la misma fecha 21 de mayo de 2013: (i) la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución

alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004, y (ii) la Directiva 2009/22/CE (“Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo”), que deja constancia de la insuficiencia de los mecanismos actuales de tutela (73). Se trata, en definitiva, de un portal interactivo en la web al que se podrá acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea (74). El legislador alemán ha implementado la Directiva ADR 2016 con la Ley de Solución de Controversias de los Consumidores (*Verbraucherstreitbeilegungsgesetz - VSBG*). En términos de metodología, ha decidido sobre el arbitraje o los procedimientos de mediación y los procedimientos de arbitraje (75).

La Ley de Solución de Controversias de los Consumidores establece que los organismos privados de resolución de disputas estén muy regulados (76). El titular de estos puestos debe ser una asociación registrada (§ 3 p. 1 VSBG). Solo los abogados calificados o mediadores certificados pueden considerarse mediadores (§ 6

(73) HÖRNLE, J., *Cross-Border Internet Dispute Resolution* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), ps. 180-182; E. KATSH, *Online Dispute Resolution: Designing New Legal Processes for Cyberspace*, Proceedings of the WebSci'09: Society On-Line, 18-20 March 2009, Athens, Greece, p. 3; MOREK, R., *The Regulatory Framework for Online Dispute Resolution: A Critical View* (2006) 38 University of Toledo Law Review, p. 163; KAUFMANN-KOHLER - T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice* (The Hague, Kluwer Law International, 2004), p. 132.

(74) KAUFMANN-KOHLER - T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice* (The Hague, Kluwer Law International, 2004), p. 132; CAPONI, Remo, “Agreements Resulting from Mediation: Judicial Review, Avoidance, and Enforcement”, STÜRNER, Michael - GASCON INCHAUSTI, Fernando - CAPONI, Remo (coord.), *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice, New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*, Sellier, Munich, 2015, ps. 149-162.

(75) EIDENMÜLLER, Horst, *Online Dispute Resolution (ODR) und Consumer ADR: Ein Plädoyer für die Online-Verbraucher(schieds)gerichtsbarkeit*, Conferencia 2016.

(76) CREUTZFELDT, Naomi, “Alternative Dispute Resolution for Consumers”, en STÜRNER, Michael - GASCON INCHAUSTI, Fernando - CAPONI, Remo (coord.), *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice, New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*, Sellier, Munich, 2015, ps. 3-10.

(70) Ídem.

(71) Íbidem.

(72) Íbidem.

Abs. 2 S. 2 VSBG), por lo que los mediadores certificados no existen todavía a más tardar a fines de 2017. La ley procura garantizar la independencia / imparcialidad de los mediadores, asegurar (§ 7 VSBG). La junta de arbitraje del consumidor debe darse una orden de procedimiento (§ 5 VSBG). Ellos y sus mediadores de disputas están sujetos a estrictas obligaciones de proporcionar información (§ 7 párrs. 3 y 4, § 10 VSBG).

De acuerdo con la Ley de Solución de Controversias de los Consumidores, la participación en una solución extrajudicial de controversias es voluntaria (§ 15 VSBG) y fundamentalmente gratuita para los consumidores (§ 23 VSBG). Generalmente, las empresas no están obligadas a mediar (§ 15 VSBG). Es inadmisibles una cláusula de disputa impuesta por el empresario en una cláusula general según el nuevo § 309 nro. 14 BGB. Cabe señalar que el legislador alemán ha establecido una red nacional de juntas de arbitraje reglamentadas severamente (con justicia) con la Ley de Solución de Controversias de los Consumidores. Al mismo tiempo, ha decidido no crear tribunales de arbitraje de consumidores o resolución regulada de conflictos de consumidores.

Igualmente existe una red de instituciones para implementar la conciliación extrajudicial como medida preventiva del litigio además de la mediación. Finalmente, y no menor es el rol de soluciones alternativas que proveen los mismos intermediarios comerciales como eBay u otros para instar las soluciones amig-

tosas con incentivos para la buena reputación del proveedor.

## XI. Conclusiones

La regulación para la tutela individual del consumidor hemos visto es detallada desde el BGB, lo financiero y la insolvencia de consumidores. Los costos son uno de los principales obstáculos si de tutela individual se trata. En el marco colectivo se critica la falta de regulación sistematizada y especialmente tendiente a obtener un resarcimiento económico. La efectividad de las reclamaciones bajo las secs. 1, 2 UKlaG generalmente se califica como positiva en la literatura actual, además de la referencia a la delgada estructura de personal y financiera en las asociaciones, aunque insuficiente en especial con el juego sistemático que debe hacerse en algunos casos con las leyes de la competencia. La falta de regulación de acciones de grupo es un limitante concreto difícil de sanear. Lo más parecido es el proceso patrón, pero su aplicación y uso es limitado. Este panorama se explica por la prudencia en ampliar la legitimación y adoptar un sistema de *opt-out* que genere situaciones similares a las negativas (claro que tiene también positivas) de las *class action* americana (77). En definitiva, concluye una hiposuficiencia en la tutela colectiva de uno de los actores del mercado que son los consumidores.

---

(77) KESSLER, Jürgen, *Verbraucherrechte wirksam durchsetzen Ansatzpunkte für eine Stärkung kollektiver Rechtsdurchsetzung gute gesellschaftsoziale demokratie*, Friedrich Ebert Stiftung, 2017, p. 30.

# Análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor desde el derecho anglosajón

---

EZEQUIEL N. MENDIETA (\*)

## I. Introducción

El 6 de diciembre de 2018, luego de un arduo trabajo, la Comisión Reformadora de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, “Comisión”) presentó ante el Ministerio de Justicia y Derechos humanos de la Nación y el Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación, el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, “Anteproyecto”, mediante el cual se introducirían importantes reformas al régimen vigente.

En este contexto, es dable destacar la labor desarrollada por los integrantes de la Comisión quienes, gracias al producto de sus esfuerzos, concibieron una excelente pieza jurídica que pone a la vanguardia al derecho del consumidor argentino. No es ocioso destacar la forma en la cual se recogieron las opiniones de distintos lugares, atendiendo a las problemáticas de la actualidad tales como el comercio electrónico, el sobreendeudamiento del consumidor o la desprotección de los consumidores hipervulnerables. Además, resulta insoslayable el amplio espectro de fuentes utilizadas provenientes del derecho comparado, destacándose las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, diversas Directivas de la Unión Europea, el Código del Consumidor de Brasil, Francia, Italia, entre otras tantas fuentes.

Ante ello, el derecho anglosajón se encuentra presente entre las fuentes consultadas por la Comisión. Es así que en el presente artículo se abordarán aquellas cuestiones que han sido especialmente consideradas con respecto a las diversas previsiones existentes en Estados Unidos de Norteamérica (1), como así también algunos elementos que pueden resultar de interés de la reciente sanción de la *Consumer Right Act 2015* del Reino Unido de Gran Bretaña.

Habida cuenta de ello, este trabajo se centrará en las tres cuestiones en las cuales se tuvo en cuenta el derecho norteamericano: responsabilidad por productos defectuosos (principalmente el concepto de producto defectuoso); la sanción punitiva o daño punitivo y los procesos colectivos. Es por ello que se desarrollarán los puntos específicos tenidos en cuenta por la Comisión, con especial enfoque en las interpretaciones dadas a los distintos conceptos tales como el concepto de defecto de diseño, conducta gravemente reprochable o representación adecuada, entre otros.

En este contexto, dado el largo recorrido que estos temas tuvieron tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido, servirán de base y de guía para la interpretación y el sentido de la reforma propuesta. Dicha cuestión se acentúa si

---

(\*) Abogado (UBA). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Máster en Economía y Derecho de Consumo (Universidad Castilla-La Mancha, España). Docente de Obligaciones Civiles y Comerciales UBA.

---

(1) En este punto es importante destacar que, dado el carácter federal de los Estados Unidos, existen diversas normas de protección del consumidor ya sea a nivel nacional como también a nivel estadual. Es por ello que en el presente trabajo sólo se hará referencia a las normas del orden nacional.

se tiene en cuenta que el sustrato constitucional argentino estuvo inspirado en la Constitución de los Estados Unidos, por lo cual, existen principios constitucionales comunes que facilitarían la interpretación y aplicación de las normas.

## II. Responsabilidad por productos defectuosos

Uno de los puntos del Anteproyecto que encuentra su fuente en el derecho anglosajón es la regulación de los productos defectuosos (art. 110). Allí se propone la definición de defectos de fabricación, de diseño, de información y de conservación, siendo los tres primeros tributarios del derecho norteamericano. Es preciso aclarar que la Comisión consideró pertinente establecer un régimen específico para los productos defectuosos con independencia de los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa previstos en los arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com.

A tal fin, la Comisión citó el *Restatement (Third) of Torts: Products Liability*(2) como una de las fuentes de la definición de producto defectuoso empleada en el art. 110 del Anteproyecto. Lo establecido en dicha publicación, sumado a algunas otras previsiones del derecho norteamericano y británico, podrían servir de guía para interpretar el texto propuesto y sus alcances.

En el *Restatement (Third) of Torts: Product Liability, Chapter I § 2*, se expuso que un producto será defectuoso cuando, al momento de la

venta o la distribución, presente alguno de los siguientes defectos:

- a) Defecto de fabricación (*manufacturing defect*).
- b) Defecto de diseño (*design defect*).
- c) Defecto por información o advertencia inadecuada (*inadequate instructions or warnings*).

Con respecto a los defectos de fabricación, en el *Restatement* citado se los ha definido como aquellos productos que se apartan de las especificaciones del producto, ya sean porque se encuentran dañados o mal ensamblados (3). En este sentido también se encuentra las previsiones del *Code of Federal Regulations*, en donde en el Título 16 (prácticas comerciales) § 1115.4 se establecieron las definiciones de los distintos defectos de los productos, detallando que dicho defecto puede deberse a un error en la fabricación y, por lo tanto, falla en su funcionamiento.

En segundo término, aparece lo que se denomina defectos de diseño. Siguiendo los lineamientos del *Restatement*, habrá defecto de diseño cuando los riesgos previsibles del producto pudieron haber sido menores de haberse adoptado una “razonable” alternativa de diseño (4), es decir, cuando el fabricante pudo haber hecho un producto más seguro de haber tomado una alternativa razonable de diseño (5).

El problema con este tipo defecto radica en determinar qué se entiende por “alternativa razonable” o por “razonablemente previsible”. Lo cierto es que para determinar la existencia de un defecto de diseño se realiza un test de la razonabilidad de los estándares de fabricación,

(2) Los *Restatements of the Law* son una publicación elaborada por la *American Law Institute* (en adelante, “ALI”). Dicha institución fue creada en 1923 y está compuesto por jueces, abogados y profesores de los Estados Unidos de Norteamérica. La mentada publicación es producto del estudio de las normas, la doctrina y de los diversos pronunciamientos judiciales sobre distintos temas del derecho, entre ellos el derecho de daños, con el fin de brindarle claridad a los operadores jurídicos acerca de los distintos entuertos que el ordenamiento jurídico ofrecía. Para ello empezó a elaborar los *Restatements of the Law*, convirtiéndose así en su principal tarea. Así lo expresa la institución: “The Institute’s founding Committee recommended that the first undertaking should address uncertainty in the law through a restatement of basic legal subjects that would tell judges and lawyers what the law was. The formulation of such a restatement thus became ALI’s first endeavor”, <https://www.ali.org/about-ali/institute-projects/>.

(3) *Restatement (Third) of Torts: Product Liability, Chapter I § 2, Comment c.*

(4) *Restatement (Third) of Torts: Product Liability, Chapter I § 2 (b)*. En concreto, fue definido de la siguiente manera: “...(b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe...”.

(5) *Restatement (Third) of Torts: Product Liability, Chapter I § 2, Comment d.*



en donde se hace un balance entre el riesgo y la utilidad del producto tomando como parámetro el punto de vista de una persona razonable (6). Al hacer este balance, se recurre a lo que se denomina *state of the art* o riesgos del desarrollo, esto es, determinar si el diseño del producto es acorde a la costumbre de la industria y a la tecnología y avances existente al momento de la fabricación del producto (7).

Por último, resta mencionar los casos de información o advertencia inadecuada. Sobre este punto, se exige que el proveedor brinde información adecuada a los eventuales riesgos que puede presentar el producto que comercializa. Esto implica que, de acuerdo con el ordenamiento norteamericano, se debe brindar información relacionada con los riesgos inherentes al producto que razonablemente pueden preverse (8).

Asentado lo anterior, cabe destacar que uno de los principales puntos de discusión es acerca de los estándares que se utilizan para determinar los defectos de diseño y de información en el marco del derecho norteamericano. En efecto, para que exista responsabilidad, se deberá demostrar que el defecto resultaba razonablemente previsible para el fabricante, quedando a cargo del consumidor demostrar la opción de un diseño más seguro o que razonablemente pudo haber sido previsto y prevenido el daño causado (9).

Dicha circunstancia se conjuga con los criterios para determinar dicha previsibilidad, para

---

(6) *Restatement (Third) of Torts: Product Liability, Chapter I § 2, Comment d.*

(7) Más allá de la diversidad de interpretaciones y definiciones brindadas para este concepto, se lo ha definido de la siguiente manera: "Defendant often seek to defend their product designs on the ground that the design conforms to the 'state of the art.' The term 'state of the art' has been variously defined to mean that the product design conforms to industry custom, that it reflects the safest and most advanced technology developed and in commercial use, or that it reflects technology at the cutting edge of scientific knowledge" (*Restatement (Third) of Torts: Product Liability, Chapter I § 2, Comment d.*)

(8) *Restatement (Third) of Torts: Product Liability, Chapter I § 2, Comment i.*

(9) *Restatement (Third) of Torts: Product Liability, Chapter I § 2, Comment f.*

lo cual se recurrió a lo que en nuestro medio se conoce como riesgo del desarrollo, es decir, que el fabricante, de acuerdo con los adelantos y conocimientos al momento de la puesta del producto del mercado, pudo no haber previsto el defecto en cuestión. Esto implica que si el fabricante demostrase que el producto fue elaborado de acuerdo con las prácticas de la industria imperantes del momento y que, de acuerdo con el estado de la ciencia no podría preverse el riesgo, se eximirá de responsabilidad por los eventuales daños que dicho producto pudiese ocasionar. Por consiguiente, en los casos de defecto de diseño y de información, la responsabilidad de los fabricantes sería subjetiva (10), ya que lo que se les exige es demostrar que actuaron diligentemente adoptando las medidas necesarias de acuerdo con los riesgos y defectos que razonablemente pudieran preverse.

Esta interpretación pone en una peor posición al consumidor (11), dado que implica la adopción de un factor de atribución subjetivo para endilgarle responsabilidad al fabricante, cargando al consumidor con la demostración del estado del arte al momento de la fabricación del producto o de la existencia de un diseño razonable alternativo que resultaba ser más seguro que el adoptado por el proveedor.

Sin embargo, resulta menester destacar que el Anteproyecto solo recibió lo relativo a las definiciones y estándares para determinar cuándo un producto es defectuoso mas no con respecto al factor de atribución por dichos defectos ni mucho menos los riesgos del desarrollo como eximente. Sabiamente, la Comisión redactora, a través de lo establecido en el art. 115 del Anteproyecto, optó por la responsabilidad objetiva de la cadena de producción o comercialización del producto. En este mismo artículo, para despegar cualquier duda que pudiera quedar de la redacción del inc. 1º del art. 110 del Anteproyecto (12), en el mentado art. 115 expresamente

---

(10) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los Daños Punitivos*, 2ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, p. 404.

(11) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los Daños Punitivos*, cit., ps. 405-406.

(12) Cabe notar que en dicho inciso hace referencia al uso razonablemente previsible del producto como así también el momento en el cual fue puesto en el mercado,

se excluye el riesgo de desarrollo como un eximente de la responsabilidad.

Por último, es dable realizar una breve mención a la regulación de los defectos de productos en el ordenamiento jurídico británico. Al respecto, las cuestiones relacionadas con dicho punto se encuentran reguladas en la *Consumer Protection Act 1987*. Puntualmente, en la sección 3(1), de la mentada norma se estableció una definición de defecto muy similar a la adoptada en el anteproyecto *sub examine*.

Asimismo, en la sección 9 del *the Consumer Rights Act 2015*, se previó que las cosas deben ser de satisfactoria calidad (*satisfactory quality*). Allí, en la subsección (2), se estableció como parámetro para determinar dicha calidad se estableció que debe utilizarse como estándar lo que una persona razonable consideraría como satisfactoria, disponiendo, a su vez, diversos parámetros que debían tenerse en cuenta a tal fin (13). A los fines de graficar lo anteriormente expuesto, se puso como ejemplo las expectativas que generaban un producto muy barato en comparación al mismo producto pero más caro o que promete durabilidad (14). De este modo, cabría interpretar que razonablemente se podría esperar que un producto barato no durase lo mismo que uno de la misma especie más caro o cuya comercialización se basó en la durabilidad del bien.

Por consiguiente, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos (15), en el derecho británico se tiene en cuenta las expectativas del consumidor que deposita sobre el bien que

cuestiones que podrían invitar a efectuar interpretaciones similares a las que se realizan en Estados Unidos.

(13) “9 Goods to be of satisfactory quality (...) (2) The quality of goods is satisfactory if they meet the standard that a reasonable person would consider satisfactory, taking account of— (a) any description of the goods, (b) the Price or other consideration for the goods (if relevant), and (c) all the other relevant circumstances...”.

(14) *Explanatory Notes to the Consumer Rights Act 2015*, párr. 62.

(15) En materia de prueba de los defectos de diseño, de acuerdo con el estado, los tribunales establecieron distintos parámetros para determinar el mentado defecto, siendo solo algunos los que toman en cuenta las expectativas del consumidor (v. *Restatement (Third) of Torts: Product Liability, Chapter I § 2, Comment g*).

adquiere. Este criterio guarda mayor protección al consumidor y, a su vez, es concordante con el texto propuesto en el art. 110 del Anteproyecto.

En resumen, podría afirmarse que el Anteproyecto solo se vio nutrido del derecho anglosajón tan solo en la cuestión terminológica, dejando de lado aquellas cuestiones que sin dudas hubieran implicado un retroceso en la protección de los consumidores.

### III. La denominada “sanción punitiva”

El camino de los daños punitivos en Argentina ha sido arduo y sinuoso. Desde su incorporación en nuestro ordenamiento hace ya poco más de 10 años, se encuentran todavía en plena evolución hacia su consolidación y enraizamiento.

Resulta ocioso recordar lo criticada que fue la desafortunada redacción del art. 52 bis de la ley 24.240, la cual mereció incontables reproches siendo uno de los principales motivos de dificultad para su plena aceptación y aplicación. Sin perjuicio de ello, los tribunales han sabido valorar esta herramienta y han ido aplicándola gradualmente.

Con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, se buscó atemperar los defectos de redacción mencionados anteriormente y ampliarlos a todos los ámbitos de la responsabilidad. Sin embargo, el Poder Ejecutivo modificó en anteproyecto presentado por la Comisión Reformadora y mantuvo la situación tal como estaba.

Hoy en día, se presenta nuevamente el debate acerca del cambio de la redacción del texto legal de los daños punitivos a través del art. 118 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Si bien no caben dudas de que el texto propuesto es ampliamente superior de lo establecido en el art. 52 bis de la ley 24.240, lo cierto es que lamentablemente se adoptaron algunas posiciones preocupantes que se reflejan en los incs. 2º y 3º del artículo en cuestión, más precisamente en materia de cuantificación, topes y, principalmente, destino de los daños punitivos, siendo tal vez el único desatino de este concienzudo y excelso Anteproyecto.

En este contexto, es dable traer a colación la experiencia norteamericana y británica en la

materia para contribuir al análisis del texto propuesto, toda vez que la propia Comisión reformadora mencionó que tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante, Corte Suprema USA) como fuente.

De manera preliminar, es dable señalar que la Comisión hizo especial referencia al derecho de los Estados Unidos en materia de daños punitivos: al momento de expresar los fundamentos de la exigencia de una conducta gravemente reprochable (16) y al momento de la referencia sobre la incorporación de pautas de graduación y topes al monto de los daños punitivos (17). De

este modo, resulta conveniente analizar por separado ambos casos.

### III.1. Conducta gravemente reprochable

Si bien la exigencia de una conducta gravemente reprochable podría extraerse de la redacción del art. 52 bis de la ley 24.240, uno de los principales aciertos del Anteproyecto es establecerlo taxativamente como un elemento indispensable para la procedencia de los daños punitivos. De este modo, el texto propuesto es acorde con lo establecido en el derecho comparado.

En los orígenes de los daños punitivos en el Reino Unido, puede vislumbrarse que, desde los primeros pronunciamientos, se exigía una conducta lo suficientemente gravosa que ameritase una suma adicional a la cuantificada para la reparación del daño injustamente sufrido. De este modo, cabe mencionar el caso “Huckles v. Money” (18) de 1763, en el cual se impusieron daños ejemplares a un funcionario del rey por considerar que se avasalló la libertad de un editor de un periódico (19). Habida cuenta de ello, el tribunal sentenció que se había ejercido el poder de manera arbitraria en contraposición a lo dispuesto en la Carta Magna, atentando incluso contra la libertad del reino. En consecuencia, determinó que correspondía fijar *exemplary damages* considerando que “... entrar a la casa de un hombre en virtud de una orden de allanamiento sin nombre con el fin de obtener evidencia, es peor que la Inquisición española; ningún inglés desearía vivir ni siquiera una hora bajo una ley que lo permitiera...” (20).

(16) Expresamente, la Comisión sostuvo lo siguiente: “Siguiendo a la doctrina y la jurisprudencia ampliamente mayoritarias, se establece —en sintonía con lo que preveía el proyecto de Código Civil y Comercial— que la sanción punitiva sólo procede frente al ‘grave menosprecio’ hacia los derechos del consumidor, lo que implica la necesidad de que se configure un factor subjetivo de atribución calificado. Esto es concorde, además, con lo que sucede en el derecho comparado. Así, en los Estados Unidos de América se exige que quien pretende ‘daños punitivos’ aporte evidencia clara y convincente en el sentido de que el demandado actuó con dolo, indiferencia o grave negligencia respecto del daño que ocasionó (Vetri, Dominick - Levine, Lawrence C. - Vogel, Joan E. - Gassama, Ibrahim J., Tort law and practice, Lexis-Nexis, San Francisco, 2011, p. 529; Goldberg, John C. P. - Sebok, Anthony J. - Zipursky, Benjamin C., Tort law. Responsibilities and redress, Aspen Publishers, New York, 2008, p. 497)” (“Edición especial: Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, Diario La Ley del 17 de diciembre de 2018, p. 6).

(17) En este punto, realizaron expresa mención a la experiencia de la jurisprudencia norteamericana de la siguiente manera: “Para la graduación de la sanción se ha considerado pertinente seguir el texto del Proyecto de Código Civil y Comercial y de la Ley 26.994, que contiene una serie de pautas que enriquecen el escueto enunciado del actual artículo 52 bis de la LDC. Además, dada la naturaleza punitiva del instituto, se ha respetado el criterio plasmado en la norma, consistente en prever un monto máximo (vid. la explicación proporcionada por la diputada Stella Maris Córdoba durante el debate parlamentario de la Ley 26.361, Cámara de Diputados de la Nación, año 2006, orden del día 306. ‘Dip. Stella M. Córdoba y ot.’). Es pertinente poner de resalto que esto también es conteste con lo que sucede en el derecho comparado (vid. Suprema Corte de los Estados Unidos, ‘State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell’, 538 U.S. 408 (2003); proyecto francés de reforma de la responsabilidad civil de 2017, artículo 1266-1)” (“Edición especial: Anteproyecto de Ley...”, cit., p. 6).

(18) 95 Eng. Rep. 768 (KB 1763).

(19) En el marco de la amplia orden dictada por Lord Halifax, se detuvo al señor Huckles, quien trabajaba en el periódico *North Briton*. Como consecuencia de ello, el actor estuvo prisionero por seis horas, en donde fue tratado cordialmente y se le sirvió un plato de comida. Por ello, el demandado alegó que el señor Huckles no sufrió ningún tipo de daño.

(20) “... I think they have done right in giving exemplary damages. To enter a man’s house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour...” (95 Eng. Rep. 768 [KB 1763], p. 769).

Luego de transcurridos dos siglos, en el caso “*Rookes v. Barnard*” (21), la Cámara de los Lores emitió un fallo con el objeto de establecer y delimitar los supuestos en los cuales precederían los daños punitivos.

Allí, entre los supuestos ante los cuales procedería los *exemplary damages*, se explicó que cuando el demandado actuase ignorando los derechos de la víctima y, a su vez, calculase que los beneficios que obtendría serían mayores a lo que tendrían que pagar en concepto de indemnizaciones y aun así continuase con su comercialización, este tipo de conductas merecían ser castigadas a fin de disuadir al sancionado y al resto de la sociedad de repetir el mentado ultraje. En resumen, los daños ejemplares debían ser impuestos para demostrarle al demandado que el quebrantamiento de la ley no podría quedar impune y que el daño no paga (22). Así, se dejó asentada la necesidad de la configuración de una conducta agravada para la procedencia del instituto *sub examine*.

Unos años después, en “*Cassell v. Broome*” (23), el mismo tribunal volvió a referirse sobre los daños ejemplares. En lo que respecta al presente trabajo, dicho tribunal estimó que para determinar la procedencia no se debía demostrar la existencia de un cálculo matemático. Por el contrario, se consideró que bastaba con conocer que la conducta a realizarse era ilegal

(21) [1964] AC 1129. El entuerto se suscitó cuando el señor Rookes, junto con el señor Unwin, ambos empleados de la compañía B.O.A.C. en el aeropuerto de Londres, renunciaron al sindicato por diferencia de opiniones. El gremio, ante la pérdida de sus afiliados, inició vigorosas gestiones para que retornaren. Fruto de ello fue la vuelta al sindicato del señor Unwin. Sin embargo, el señor Rookes se mantuvo en su postura y rechazó la invitación a volver. Ante ello, el sindicato amenazó al empleador con una huelga si no despedía al empleado disidente, cediendo definitivamente ante la presión del sindicato.

(22) [1964] AC 1129. En su voto, Lord Devlin expuso lo siguiente: “Where a Defendant with a cynical disregard for a Plaintiff’s rights has calculated that the money you be made out of his wrongdoing will probably exceed the damages at risk, it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity (...) It extends to cases in which the Defendant is seeking to gain at the expense of the Plaintiff some object (...) Exemplary damages can properly be awarded wherever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does nor pay”.

(23) [1972] AC 1027.

o grave desinterés acerca de su legalidad y, conociendo ello, aun así decidió proseguir con su accionar (24).

En este contexto, a modo de resumen de la experiencia británica, es menester mencionar las recomendaciones formuladas por la *Law Reform Commission* del parlamento británico en el marco de un reporte elaborado acerca de una eventual reforma y regulación de los daños punitivos. En lo que respecta a la conducta exigida para la procedencia, consideraron necesario que el demandado actuase con “deliberado y grave menosprecio” hacia los derechos del actor (25), simplificando las categorías elaboradas en los antecedentes jurisprudenciales.

Con respecto al ordenamiento jurídico norteamericano, la cuestión de la exigencia de una conducta agravada para la procedencia de los daños punitivos fue ampliamente analizada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

Ante ello, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante, Corte Suprema USA), delimitó y desarrolló los requisitos de procedencia en los daños punitivos. En primer lugar, es dable mencionar la doctrina asentada en el caso “*BMW of North America, Inc. v. Gore*” (26), en el cual se establecieron una serie de pautas para la cuantificación de los daños punitivos. Sin perjuicio de ello, un presupuesto ineludible señalado por el tribunal para

(24) [1972] AC 1027. En concreto, se sostuvo lo siguiente: “What is necessary in addition is (i) knowledge that what is proposed to be done is against the law or a reckless disregard whether what is proposed to be done is illegal or legal, and (ii) a decision to carry on doing it because the prospects of material advantage outweigh the prospects of material loss. It is not necessary that the defendant calculates that the plaintiff’s damages if he sues to judgment will be smaller than the defendant’s profit”.

(25) Law Commission, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (Law Com N° 247, 1997), pto. 1.46 y 108, pto. 1.47. Textualmente, se sostuvo lo siguiente: “We have selected the phrase ‘deliberate and outrageous disregard of the plaintiff’s rights’ as the clearest of the multitude of similar phrases which were used in England before *Rookes v. Barnard*, and which continued to be used in Australia, Canada and the United State, to describe when exemplary damages or punitive damages are available”.

(26) 517 US 559 (1996).

la procedencia de dicha sanción es la existencia de una conducta gravemente reprochable, la cual debía ser tenida especialmente en cuenta al momento de graduar el monto.

Tiempo después, en el caso “State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell” (27) se profundizó el análisis efectuado en el caso “BMW”, estableciendo diferentes clases de conductas gravemente reprochables destacando los casos de indiferencia hacia la salud o seguridad de los demás, los casos de daños intencionales, entre otros (28).

Con respecto a la doctrina, ya en 1976, Owen se había referido a la conducta exigida para la procedencia de los daños punitivos en los casos de responsabilidad por productos elaborados. En virtud de ello, consideró que la conducta desplegada por el fabricante debía tener conciencia o despreocupada indiferencia por los riesgos que los productos que comercializaba presentaban (29).

Por su parte, es dable destacar la opinión de Polinsky y Shavell quienes, luego de un análisis de la jurisprudencia norteamericana, concluyeron en que para imponer daños punitivos, previamente debía verificar que el demandado haya actuado de manera maliciosa o con grave menosprecio hacia los derechos de los demás, es decir, la exigencia de una conducta gravemente reprochable (30).

(27) 538 US 408 (2003).

(28) En efecto, al referirse a la primera pauta brindada por el tribunal en el caso “BMW”, se interpretó lo que debía considerarse para determinar el grado de reprochabilidad de la conducta: “We have instructed courts to determine the reprehensibility of a defendant by considering whether: the harm caused was physical as opposed to economic; the tortious conduct evinced an indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others; the target of the conduct had financial vulnerability; the conduct involved repeated actions or was isolated incident; and the harm was the result of intentional malice, trickery, or deceit, or mere accident”.

(29) OWEN, D. G., “Punitive damages in products liability litigation”, *Michigan Law Review*, vol. 74, nro. 7, junio 1976, p. 1257, p. 1326.

(30) POLINSKY, A. M. y SHAVELL, S., “Punitive Damages: An Economic Analysis”, *Harvard Law Review*, vol. 114, nro. 4, febrero 1998, 869, p. 905. En concreto, los autores sostuvieron lo siguiente: “The law requires that a defendant be found to have acted in a reprehensible manner

En resumen, tanto en el derecho británico como en el norteamericano, existe un amplio consenso acerca de la exigencia de una conducta gravemente reprochable que amerite una suma extra a la indemnización que se otorga como consecuencia de los daños injustamente causados a la víctima. Por consiguiente, resulta plausible el temperamento adoptado en el Anteproyecto al exigir la comprobación de un factor subjetivo agravado para la procedencia de los daños punitivos.

### III.2. Graduación y topes de los daños punitivos

Hoy en día, este es tal vez uno de los principales puntos controvertidos en materia de daños punitivos en Argentina, resultando acorde con lo que sucede en el derecho comparado en donde los montos a otorgarse por este rubro constituyen una importante preocupación en las comunidades jurídicas anglosajonas.

En el art. 118, inciso 2 del Anteproyecto se establecieron una serie de pautas para la cuantificación de la “sanción punitiva” (31) estableciendo, a su vez, un tope al monto que fuera a otorgarse en tal concepto. En la exposición de motivos, la comisión manifestó que el texto propuesto era conteste con lo establecido en el caso “State Farm” dictado por la Corte Suprema USA (32).

Ahora bien, al comparar el texto propuesto con la doctrina asentada por al Alto Tribunal norteamericano, pueden evidenciarse algunas diferencias que podrían llegar a ser sustanciales al momento de aplicarse la disposición legal en cuestión.

En el citado caso “BMW” mandó a tratar nuevamente la condena por daños punitivos por considerar excesivo el monto fijado. Es por ello

—in a way that is egregious, malicious, or undertaken with reckless disregard for the rights of others— before punitive damages can be imposed on him”.

(31) Las pautas mencionadas que deberían tomarse en cuenta para la graduación del monto son las siguientes: a) Gravedad de la conducta del sancionado; b) su repercusión social; c) los beneficios obtenido o que pudiera obtener; d) los efectos disuasivos de la medida, patrimonio del dañador; e) la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

(32) “Edición especial: Anteproyecto de Ley...”, cit., p. 6.

que, a los fines de fijar un monto razonable, la Corte estableció tres parámetros o *guideposts* para graduar la imposición de *punitive damages* y determinar si ellos son excesivos o no (33). Dichas guías son:

- 1) El grado de reprochabilidad de la conducta.
- 2) La relación entre la condena de daños compensatorios y los daños punitivos.
- 3) Comparación con las demás sanciones que pudieran imponérsele al demandado.

En lo atinente a la relación entre la indemnización por los daños sufridos y la suma por daños punitivos, se recordó la doctrina asentada en el caso “Haslip” (34) (también conocido como “Pacific Mutual”), en el cual se estableció que estimar el monto de los daños punitivos en cuatro veces más que la indemnización otorgada por los daños se encontraba muy cerca de los límites constitucionales (35). De este modo, dicha relación serviría para fijar una especie de tope flexible para calcular el monto por daños punitivos.

Sin perjuicio de lo expuesto, el tribunal estableció algunas excepciones a las pautas mencionadas. En primer lugar, sostuvo que la *ratio* propuesta podía ser mayor en aquellas causas de menor cuantía. En estos casos, se debía realizar una excepción y permitir una gran diferencia entre la indemnización y los daños punitivos. Asimismo, también efectuaron dicho reparo para aquellos casos en los cuales el daño sea difícil de detectar o cuando la compensación extrapatrimonial sea muy difícil de determinar (36).

(33) 517 US 559, 574 y 575 (1996). “Three guideposts, each of which indicates that BMW did not receive adequate notice of the magnitude of the sanction that Alabama might impose for adhering to the nondisclosure policy adopted in 1983, lead us to the conclusion that the \$2 million award against BMW is grossly excessive: the degree of reprehensibility of the nondisclosure; the disparity between the harm or potential harm suffered by Dr. Gore and his punitive damages award; and the difference between this remedy and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases”.

(34) 499 US 1 (1991).

(35) 517 US 559, 581 (1996).

(36) 517 US 559, 582 (1996). “Indeed, low awards of compensatory damages may properly support a higher

Finalmente, el tribunal consideró que se tenía que tener en cuenta las sanciones existentes en el ordenamiento jurídico aplicadas o que le puedan ser aplicables al demandado por el mismo hecho.

De esta manera, a través de este pronunciamiento, el tribunal buscó limitar los daños punitivos y establecer pautas claras para cuantificar el monto de la condena.

Poco tiempo después se dictó el fallo “State Farm”, en el cual la Corte Suprema USA realizó una nueva interpretación a la segunda pauta establecida en el caso “BMW” y estableció que mientras la condena por daños punitivos se mantenga en un dígito en relación con los daños compensatorios, se estará cumpliendo con el debido proceso (37).

En esta línea de razonamiento, el alto Tribunal norteamericano agregó una nueva excepción a las pautas establecidas en el caso “BMW”. En este sentido, consideró que cuando los daños compensatorios sean sustanciales, alcanzaría una suma igual en concepto de daño punitivo para que se mantenga dentro de los parámetros del debido proceso (38).

De lo expuesto cabe colegir que la Corte Suprema USA ha buscado estrechar aún más la postura asentada en el caso “BMW”, detallando las cuestiones atinentes a la determinación del monto de la condena, estableciendo pautas clara y firmes. Asimismo, puede colegirse que se ha establecido un tope flexible al monto de los daños punitivos en virtud de la doctrina

ratio than high compensatory awards, if, for example, a particularly egregious act has resulted in only a small amount of economic damages. A higher ratio may also be justified in cases in which the injury is hard to detect or the monetary value of noneconomic harm might have been difficult to determine”.

(37) 538 US 408, 425 (2003). “We decline again to impose a bright-line ratio which a punitive damages award cannot exceed. Our jurisprudence and the principles it has now established demonstrate, however, that, in practice, few awards exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process”.

(38) 538 US 408, 425 (2003). “When compensatory damages are substantial, then a lesser ratio, perhaps only equal to compensatory damages, can reach the outermost limit of the due process guarantee”.

asentada por el tribunal en considerar que una de las finalidades del instituto es disuadir la repetición de la conducta que motivó la imposición de dicha sanción (39).

Desde el punto de vista de la doctrina, al momento de referirse sobre la cuantificación de los daños punitivos, se han criticado los diversos parámetros que la jurisprudencia norteamericana ha utilizado para dicha tarea. Polinsky y Shavell partieron de la base que el monto adecuado de los daños punitivos es aquel que logre disuadir y prevenir la conducta gravemente reprochable que motivó su aplicación (40). En este contexto, explicaron detalladamente cuáles eran los motivos por los cuales diversos parámetros tales como la gravedad de la conducta o el patrimonio del demandado no resultaban útiles a los fines disuasivos propuestos, ya que en nada contribuirían a la determinación de un monto adecuado para prevenir dicha conducta (41). Esto va en sintonía con la premisa propuesta por los autores, por lo cual, el tope que pudiese imponérselos a los daños punitivos podría atentar contra su finalidad, provocando tanto una infradisuasión como también una sobredisuasión (42).

Por otro lado, en el seno del Parlamento británico, se debatieron una serie de propuestas de reforma a los *exemplary damages* (43). Entre esos temas, si bien se buscó expandir la aplicación del instituto más allá de las tres categorías establecidas en el precedente “*Rookes v. Barnard*” (44), también se establecieron mayores límites a su imposición.

(39) 499 US 1, 19 (1991); 517 US 559, 568 (1996); 532 US 424, 432 (2001); 538 US 408, 416 (2003); entre otros.

(40) POLINSKY, A. M. y SHAVELL, S., “Punitive Damages...”, cit, p. 873.

(41) *Ibidem*, ps. 910 y 911, respectivamente.

(42) *Ibidem*, ps. 888-889.

(43) Esta es la denominación que se dio a los daños punitivos en el Reino Unido.

(44) [1964] AC 1129. Lord Devlin, en su voto, analizó la conveniencia y oportunidad para imponer daños punitivos al demandado. Para ello, realizó todo un análisis de la jurisprudencia inglesa en los cuales se dictaron *exemplary damages* y estableció tres supuestos ante los cuales procederían, a saber: 1) Conductas arbitrarias, opresivas o inconstitucionales de los funcionarios públicos contra los particulares. 2) Cuando el demandado haya calculado que su comportamiento le procuraría un

Entre las distintas limitaciones que ensayaron, encontramos que la *Law Commission Reform* del Parlamento británico recomendó que los daños punitivos debieran determinarse observando los principios de “moderación” y de “proporcionalidad” (45). En este contexto, se buscó dotar al juez de una guía que le permita dilucidar el monto de la multa dentro parámetros claros.

El principio de moderación, ya fue establecido en el caso “*John v. MGN Ltd*” (46). Allí se determinó que los *exemplary damages* nunca debían exceder el mínimo necesario para alcanzar el fin público, es decir, castigar al ofensor, disuadir a él y al resto de la sociedad de que repitan la conducta sancionada y marcar la desaprobación del tribunal (47).

Lo expuesto resulta determinante en la materia, ya que el justo límite de los daños punitivos estará dado por aquella suma que sea suficiente para desalentar la repetición de la conducta reprobada.

Por su parte, el principio de proporcionalidad implica que el juez debe fijar un monto acorde con la gravedad de la falta cometida (48).

beneficio mayor a las indemnizaciones que debiera pagar. 3) Cuando una norma específicamente contemple la posibilidad de imponer daños punitivos. Por otra parte, en su voto, Lord Devlin expuso que los daños punitivos procederían “... si, y solo si...” la indemnización fijada resultase insuficiente para disuadir al demandado de volver a repetir la conducta repulsiva al derecho.

(45) Law Commission, *Aggravated, Exemplary...*, cit., pto. 1.120. “We consider that assessments of punitive damages must be constrained by two overriding principles: the principles of ‘moderation’ and ‘proportionality’”.

(46) [1997] QB 586, citado en Law Commission, op. cit., pto. 1.121.

(47) Law Commission, *Aggravated, Exemplary...*, cit., pto. 1.121, “The principle of ‘moderation’ reflects the approach adopted by the Court of Appeal in *John v MGN Ltd* where it held that an award of exemplary damages should never exceed the minimum “necessary to meet the public purpose” underlying such damages: namely, punishing the defendant for his or her outrageously wrongful conduct, deterring him or her and others from similar conduct in the future, and marking the disapproval of the court of such conduct”.

(48) Law Commission, op. cit., pto. 1.122, “The principle of ‘proportionality’ is justified by the consideration

En conclusión, se puede destacar que en el derecho inglés se buscó limitar de alguna manera la imposición de daños punitivos, recurriendo a dos principios de larga data como los mencionados.

En conclusión, la experiencia anglosajona demuestra que la cuantificación y topes de los daños punitivos es un tema que está lejos de ser zanjado. Tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido son temas de actualidad de los debates de las respectivas comunidades jurídicas.

En este contexto, si bien el Anteproyecto es ampliamente superador de las disposiciones legales vigentes, se ha perdido una buena oportunidad para darle el espaldarazo final a los daños punitivos para que cobren su máximo vigor y esplendor. Las pautas brindadas pueden llegar a ser contradictorias al momento de cuantificar —sin perjuicio de que la mayoría de las que se consignaron son las que se aplican actualmente en los tribunales argentinos—. Asimismo, la imposición de un tope al monto de los daños punitivos puede atentar contra la finalidad que la propia Comisión tuvo en cuenta al regular el instituto (49). Con el establecimiento de un tope fijo, no se logra resolver el problema de la disuasión de los ilícitos más graves, quedando el consumidor desprotegido frente a los grandes desastres (50).

#### IV. Los procesos colectivos en el Anteproyecto

En los arts. 171 y ss. del Anteproyecto se propone una regulación para las acciones de clases en materia de consumidor. En este contexto, la Comisión redactora expuso en los fundamen-

---

that no absolute pecuniary value can be ascribed to the sum which is required to advance the aims of retribution, deterrence and disapproval. Because of this, it is essential, if there is to be consistency between punitive awards, for the particular sum which must be paid by a defendant to be proportional to the gravity of his wrongdoing”.

(49) “Edición especial: Anteproyecto de Ley...”, cit., p. 6. Allí, la comisión sostuvo que la sanción punitiva “... tiene por finalidad, precisamente, castigar al proveedor que obra con notoria despreocupación respecto de los intereses de los consumidores, y al mismo tiempo, prevenir la reiteración futura de ese tipo de conductas”.

(50) IRIGOYEN TESTA, Matías, “El tope apropiado de los daños punitivos”, RCyS 2010-XI-48.

tos que las fuentes de estos artículos fueron el Código de Defensa del Consumidor de Brasil y el régimen de las *class action* establecido en los Estados Unidos de Norteamérica.

De manera preliminar, resulta oportuno destacar la amplitud de la legitimación activa para la interposición de acciones colectiva en defensa de los consumidores. En particular, es importante poner de resalto la legitimación del Defensor del Pueblo como legitimado colectivo, teniendo en cuenta la suerte esquivada que tuvo la figura ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia (51).

Ahora bien, en cuanto a los presupuestos de admisibilidad propuestos en el art. 172 del Anteproyecto, se puede vislumbrar que la Comisión decidió seguir lo establecido en la Regla 23 del *Federal Rules of Civil Procedure* de los Estados Unidos de Norteamérica. En efecto, los cuatro incisos del art. 172 se corresponden con los cuatro prerequisites previstos en la Regla 23(a) (52).

---

(51) La Corte Suprema de Justicia de la Nación soslayó por completo la voluntad de la Asamblea Constituyente y por casi 15 años denegó sistemáticamente la legitimación del *Ombudsman*. Incluso en la doctrina vigente en estos días todavía quedan algunas dudas sobre el alcance de dicha legitimación (en referencia a los intereses individuales homogéneos). Estas deudas, se conjugan con otras tales como la tutela de los derechos de los consumidores y la necesidad de crear mecanismos efectivos para tal fin. Esto agrava las situaciones de quienes necesitan una adecuada respuesta frente a las vulneraciones cotidianas de sus derechos. En virtud de ello, es determinante considerar al Defensor del Pueblo como una herramienta para brindar una efectiva protección a los consumidores. Para ello, es necesario dotarlo con poderes suficientes para que pueda lograr dichos objetivos. Esa es una de las razones de ser de la legitimación procesal contemplada en el art. 86 de la Constitución Nacional. Es por ello que resulta plausible la previsión de la legitimación activa para las acciones colectivas en el Anteproyecto.

(52) A los fines de comparar con el texto del anteproyecto, a continuación se cita la parte pertinente de la Regla 23: “(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.



A la luz de lo establecido en la norma norteamericana citada anteriormente, se puede mencionar que en lo que respecta al inc. 1º del art. 172 del Anteproyecto, esto es, la existencia de un número razonable de interesados que torne dificultosa la tramitación individual de las pretensiones (*numerosity*), no hay un número mínimo preestablecido de miembros de la clase, dependiendo de los diversos factores que componen el caso (53).

Por otro lado, en relación con el requisito de los intereses comunes a todos los integrantes de la clase (*commonality*) está dirigido a tener uniformidad en el reclamo que se efectúe, teniendo en cuenta los efectos comunes que la cosa juzgada tendrá para todos los miembros de la clase.

En sentido similar aparece el requisito de los argumentos comunes (*tipicality*), pudiéndose señalar que puede superponerse con el requisito anterior o incluso con el de representación adecuada (54). Lo que se busca es que exista una comunidad de argumentos entre los distintos miembros de la clase, como podría ser el cobro de un cargo indebido en el contrato de cuenta corriente bancaria. En este punto es dable señalar que existe una leve diferencia entre el Anteproyecto y la Regla 23. En este último, el requisito *tipicality* está dirigido a que el representante de la clase comparta la misma pretensión de los demás miembros del colectivo, es decir, debe haber nacido del mismo hecho y compartir los mismos fundamentos jurídicos (55). En cambio, al tener regulada la legitimación activa de manera diferente a punto tal que el representante de la clase puede ser una persona distinta a los afectados por el hecho común —como puede ser el caso del Defensor del Pueblo— se buscó concentrarse en que todos los miembros de la clase compartiesen los argumentos para plantear la demanda.

El cuarto requisito es el de representación adecuada establecido en el inc. 4º del art. 172 del

---

(53) VERBIC, Francisco, *Procesos colectivos*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 17.

(54) *Ibidem*, p. 17.

(55) *Ibidem*, p. 18. El autor señala que el representante interpone la acción en su nombre y, a su vez, en nombre de los demás miembros de la clase.

Anteproyecto, cuyo correlato es el prerequisite de *adequate representation* de la Regla 23(a)(4). En nuestro ámbito, se ha considerado que este requisito exige que quien actúe como representante de la clase debe estar en condiciones de afrontar una defensa vigorosa, entendiéndose como tal aquella defensa que resulta superior a la que los miembros de la clase hubiesen llevado delante de forma individual (56). En este sentido, al igual que los demás conceptos indeterminados que componen la Regla 23, en Estados Unidos fueron los jueces quienes delinearon dichos conceptos determinando de acuerdo con las circunstancias específicas si el representante es adecuado para la defensa de los intereses del colectivo. En la práctica se dio que fueron los abogados particulares quienes generalmente se certificaron como representantes en las acciones de clase.

En nuestro sistema, en este punto puede verse la hibridez de las fuentes utilizadas, dado que, al no seguirse plenamente el modelo anglosajón, el modelo propuesto en el Anteproyecto comienza a adquirir características propias que lo distinguen de la Regla 23. En lo atinente a la representación adecuada, tal como se previó en el art. 171 del Anteproyecto, se propone una amplia gama de legitimados activos, es decir, de representantes para liderar la reclamación colectiva. En esta multiplicidad aparece personas públicas como el Defensor del Pueblo, con amplias facultades constitucionales, las asociaciones de consumidores y, finalmente, los afectados.

Esta distinción no es ociosa, puesto que en el art. 174 del Anteproyecto se estimó necesaria la certificación de la adecuada representación para todos aquellos casos en los cuales la acción la iniciase un sujeto de derecho privado. Por lo tanto, se hace una clara distinción entre sujetos privados —como podría ser el afectado— de sujetos públicos —como es el Defensor del Pueblo—. En este sentido, resulta lógico que este último quede exento de las previsiones del artículo citado, dado que se trata de un instituto de índole constitucional. Por otro lado, es razonable que a un particular se le exija demostrar que está en condiciones de llevar adelante

---

(56) *Ibidem*, p. 18.

un proceso complejo y arduo. Los que parecen que quedan a medio camino son las asociaciones de consumidores, que si bien son sujetos de derecho privado, podría suponerse que están en condiciones de asumir una defensa vigorosa de los derechos de los consumidores, más allá de las polémicas y cuestionamientos que dichas asociaciones puedan ser objeto. En efecto, si se analiza el camino que las acciones colectivas tuvo en Argentina se puede vislumbrar que las asociaciones de consumidores tuvieron un rol destacado en la evolución del instituto, bastando solo recorrer la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —como por ejemplo el caso “Padec” (57)— para obtener prueba de ello, sin contar la labor que desarrollan en los tribunales inferiores.

Es por ello que en lo que respecta a la representación adecuada propuesta en el Anteproyecto se aparta de algún modo del prerequisite *adequate representation* de la Regla 23(a)(4), adquiriendo notas *sui generis* producto de la inspiración híbrida mencionada por la Comisión en los fundamentos.

Asimismo, en el art. 173 del Anteproyecto, al igual que la Regla 23(b)(3), se propone una serie de requisitos adicionales a los establecidos en el art. 172 del mentado cuerpo normativo para las acciones de clases tendientes a reclamar daños y perjuicios. En primer lugar, se exige que la acción de clase constituya una vía más eficiente y funcional que el reclamo individual o la dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados. Por otro lado, siguiendo la normativa norteamericana citada, también se requiere la existencia de un predominio de las cuestiones comunes por sobre las individuales.

En virtud de lo expuesto, puede concluirse que el Anteproyecto en materia de acciones colectivas estuvo fuertemente influenciado por la Regla 23 de los Estados Unidos. Si bien es cierto que debe ser adaptada a la realidad argentina, resultará útil la experiencia norteamericana en materia de interpretación y alcance de los conceptos utilizados.

(57) Fallos 336:1236.

## V. *The Consumer Rights Act 2015* del Reino Unido y el eventual impacto del *Brexit* en el derecho del consumidor británico

Una mención aparte merece la protección del consumidor en el ordenamiento jurídico británico, ya que en los últimos años ha sufrido cambios que todavía se encuentran lejos de completarse.

### V.1. *The Consumer Rights Act 2015*

En primer lugar, en 2015, se sancionó *The Consumer Rights Act 2015* mediante la cual se buscó unificar las diversas normas existentes relacionadas con los derechos de los consumidores y transponer diversas directivas de la Unión Europea de la materia (58). Aunque no ha logrado consolidar toda la normativa vigente (59), mediante la ley sancionada se introdujeron interesantes normas protectorias acordes con los tiempos actuales.

Dicha ley se encuentra dividida en tres partes: a) Contratos de consumo que tengan por objeto cosas, servicios y contenidos digitales; b) cláusulas abusivas y c) previsiones generales relacionadas con las facultades de las distintas autoridades de aplicación.

En lo relacionado con el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, cabe destacar dos modificaciones introducidas por *The Consumer Rights Act 2015*: la extensión del concepto de consumidor y la incorporación del contenido digital. Con respecto al primer punto, en la sección 2(3) de la ley se definió consumidor como toda persona física que actúa completa o mayoritariamente fuera del ámbito comercial, empresarial o profesional (60). De esta manera se expandió la protección a aquellos casos en

(58) *Explanatory Notes to the Consumer Rights Act 2015*, párr. 7.

(59) Uno de los principales objetivos era unificar todas las normas relacionadas con la protección del consumidor en materia de contratos de consumo dado el enmarañado y complejo sistema imperante hasta ese momento. Sin embargo, dicho objetivo no se pudo lograr, existiendo todavía previsiones dispersas aplicables a los contratos de consumo tales como *the Sale of Goods Act 1979* y *Consumer Contract Regulations 2013*.

(60) “2 Key definitions (...) (3) ‘Consumer’ mean an individual acting for purposes that are wholly or

los cuales el producto adquirido tenga destino mixto, es decir, que se utilice como destinatario final y para su industria o profesión. Según se expuso en las notas de explicación de la ley, el criterio queda restringido a aquellos casos en los cuales el uso se mayoritariamente como destinatario final y no aplicado al ejercicio comercial que desempeñase (61). De este modo, se aparta de la definición brindada a nivel comunitario y extiende el paraguas protectorio a los casos mencionados anteriormente.

En este contexto, lo expuesto puede servir al juez local como pauta de interpretación al momento de presentarse uno de estos casos, poniendo el foco en que el destino final sea el preponderante sobre el uso comercial de la cosa o servicio.

Por otro lado, se reguló dentro de la primera parte de la norma el contenido digital como una novedad en el ordenamiento jurídico británico. Este supuesto fue definido en la sección 2(9) de *the Consumer Rights Act 2015* como aquellos datos que se producen y se comercializan a través de un soporte digital (62). El soporte puede ser tanto físico —por ejemplo, un DVD— como así también un *software* como en el caso de la descarga de música o un *e-book* (63). En la ley se buscó delimitar las particularidades de los contenidos digitales aplicando en la mayoría de los casos las previsiones efectuadas para los productos (*goods*).

De lo antedicho se desprende que se buscó darle entidad propia a esta clase de bienes que en

mainly outside that individual's trade, business, craft or profession".

(61) Concretamente, explicaron el alcance de la definición de la siguiente manera: "The other main restriction on who the consumer is that a consumer must be acting wholly or mainly outside their trade, business, craft or profession. This means, for example, that a person who buys a kettle for their home, Works from home one day a week and uses it on the days when working from home would still be a consumer. Conversely a sole trader that operates from a private dwelling who buys a printer of which 95% of the use is for the purpose of the business, is not likely to be held to be a consumer..." (*Explanatory Notes to the Consumer*, cit., párr. 36).

(62) "2 Key definitions (...) (9) 'Digital content' means data which are produced and supplied in digital form".

(63) *Explanatory Notes to the Consumer*, cit., párr. 39.

los últimos tiempos se han convertido en moneda corriente en materia de transacciones comerciales. Hoy en día son múltiples los contenidos digitales que se adquiere. Piénsese en los *softwares* de la computadora de uso diario, los servicios de *streaming* de series y películas, las descargas de música, videojuegos, entre muchos otros.

Si bien en el Anteproyecto no se encuentra una regulación asimilable a la expuesta en los párrafos anteriores, si puede destacarse que puede servir para usarse como parámetro de interpretación para los casos de contenido digital en el ordenamiento argentino, teniendo en cuenta la plasticidad de los conceptos dados en el art. 109 del Anteproyecto que permitiría incorporar dentro de estas categorías los mentados contenidos.

## V.2. El Brexit y sus implicancias en la protección de los consumidores

Por otro lado, el campo de los derechos de los consumidores no ha quedado exento del impacto que implicó el *referéndum* del *Brexit*. Luego de que tuviese lugar la votación en junio de 2016, el Parlamento británico comenzó a evaluar las repercusiones que tendría la retira del Reino Unido de la Unión Europea en el ordenamiento interno, teniendo en cuenta la influencia directa que tenían las directivas comunitarias en el sistema jurídico británico.

En virtud de ello, en 2017, el Comité de la Unión Europea de la Cámara de los Lores llevó adelante una evaluación del eventual impacto que tendría el *Brexit* en los derechos de los consumidores. Para ello, recogió los testimonios de varios especialistas en la materia, así como también recibieron informes exponiendo los posibles escenarios a los cuales se enfrentarían. Luego de varias sesiones, publicaron un reporte (64) en el cual formularon las conclusiones sobre la problemática planteada.

A lo largo del documento, se puede apreciar que las principales preocupaciones giran en torno al mantenimiento del estándar de protección una vez que Reino Unido salga del bloque

(64) Comité de la Unión Europea, *Brexit: will consumers be protected?* (HL 2017-19, 51).

européo, el rol que jugaría el gobierno en la materia, así como también la resolución de los conflictos transfronterizos que puedan tener los consumidores luego del *Brexit*.

Con respecto al primero de los puntos, el comité concluyó en que el sistema jurídico británico brindaba un mayor nivel de protección a los consumidores que el establecido en la legislación comunitaria, puesto que no solo habían transpuesto gran parte de la normativa europea, sino que también han elevado el estándar protectorio (65). Incluso han señalado que el Reino Unido ha jugado un rol de liderazgo a nivel europeo en materia de los derechos de los consumidores, teniendo en cuenta que *The Consumer Rights Act 2015* ha sido fuente de inspiración para diversas propuestas de directivas europeas (66).

Asimismo, otro punto clave fue la protección transfronteriza de los consumidores. Ante ello, el comité consideró que la legislación comunitaria desempeñaba un rol fundamental en este asunto, en especial las agencias y redes de alerta que se han desarrollado a nivel europea que permite una rápida y eficaz comunicación entre las distintas autoridades de consumo. Es por ello que consideraron crucial que se mantenga la cooperación a los fines de seguir manteniendo este nivel de protección (67).

En otro orden de ideas, ya tal vez con un cariz más político, una de las principales preocupaciones que se pudo evidenciar en los diversos testimonios brindados en las sesiones fue el rol que desempeñaría el gobierno británico *post Brexit* en materia de protección de los consumidores, temiendo incluso que se utilizase el abandono de la Unión Europea como una oportunidad de desregulación en la materia (68). Esta desconfianza surgió a raíz de la falta de explicación por parte de las autoridades gubernamentales de cuál sería el plan para mantener los estándares de protección vigentes (69). En consecuencia, el

comité concluyó en que sería recomendable que en la ley de abandono de la Unión Europea que se dictase constase la necesidad de robustecer la protección de los derechos de los consumidores e incluso incorporar los estándares europeos vigentes al momento (70).

Frente a ello, el gobierno respondió que en la ley de abandono de la Unión Europea mantendría el nivel de protección actual de los consumidores dándole continuidad a las normas comunitarias vigentes a ese momento (71).

Finalmente, resta mencionar que en noviembre de 2018, la Unión Europea y el Reino Unido suscribieron un borrador de acuerdo de abandono (72) del bloque mencionado, el cual ya cuenta con la aprobación del Parlamento europeo, restando que solo se expida el británico para consolidar definitivamente el *Brexit*. Dicho acuerdo dio lugar a una declaración política en la cual ambas partes manifestaron cómo encararían las relaciones futuras entre ambos bloques. Si bien en el acuerdo las referencias a los consumidores son escasas y casi perdidas en el texto, lo cierto es que en la declaración política (73) si se puede evidenciar un compromiso mayor con la tutela de los derechos de los consumidores. De este modo, el Reino Unido y la Unión Europea acordaron fortalecer los derechos de los consumidores (74), preservar su

no se especificó de qué manera se haría o que plan de acción se llevaría adelante frente al cese de aplicación de varias directivas comunitarias en la materia. Es por ello que el comité le requirió al gobierno que explicase y aclarase la situación en este aspecto.

(70) Comité de la Unión Europea, *Brexit: will consumers...*, cit., párr. 59.

(71) *Government response to the House of Lords European Union Committee report: 'Brexit: Will consumers be protected?*, Department for Business, Energy & Industrial Strategy, 12 de febrero de 2018.

(72) El documento se lo conoce como *Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community*, del 14 de noviembre de 2018.

(73) Al documento se lo denominó *Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom*.

(74) *Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom*, párr. 3.

(65) Comité de la Unión Europea, *Brexit: will consumers...*, cit., párr. 20.

(66) *Ibidem*, párr. 19.

(67) *Ibidem*, párrs. 38-41.

(68) *Ibidem*, párr. 53.

(69) *Ibidem*, párr. 64. En efecto, si bien se declaró que se mantendrían los niveles de protección al consumidor,

protección en materia de servicios financieros (75), establecer políticas para facilitar el comercio electrónico (76), cooperar a nivel internacional —como por ejemplo el G7 o el G20— en materia de protección del consumidor (77), entre otros.

En resumen, lejos de vislumbrarse el desenlace del *Brexit*, existe cierta incertidumbre sobre el impacto final que el retiro definitivo del Reino Unido tendrá, en particular con los derechos de los consumidores.

## VI. Conclusión

A más de 25 años de la sanción de la ley 24.240, resulta innegable la necesidad de una actualización de la norma mencionada, teniendo en cuenta incluso la importante transformación de la realidad de los consumidores en ese lapso de tiempo.

En este sentido, el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor propone un gran salto de calidad en la protección de los consumidores, manteniendo una lógica muy similar a la de un verdadero Código. A lo largo del articulado, puede vislumbrarse una coherencia no solo intranormativa, sino también con el resto del ordenamiento jurídico y en particular con el Código Civil y Comercial de la Nación.

Conforme se desarrolló a lo largo del trabajo, la Comisión tomó en cuenta diversas fuentes del derecho comparado para la redacción del Anteproyecto. Entre dichas fuentes aparece el derecho anglosajón, principalmente normas y jurisprudencia del derecho norteamericano. Desde el momento en que dichas fuentes se encuentran expresamente mencionadas en los fundamentos del Anteproyecto, se brinda una importante herramienta para su estudio y futuras interpretaciones al momento de aplicarse.

En este contexto, puede concluirse en que la utilización de dichas fuentes fue, en líneas generales, oportuna y superadora de las normas vigentes actualmente. Sacando algunos matices analizados en materia de daños punitivos, la adaptación que se hizo de los productos defec-

tuosos limitándose solo a los conceptos y no al factor de atribución, así como el establecimiento de requisitos de admisibilidad claros para las acciones colectivas, plantean un avance sustantivo en la protección de los consumidores.

Con respecto a los daños punitivos, lamentablemente no se ha recogido lo mejor de la experiencia norteamericana, ya que la jurisprudencia de la Corte Suprema USA buscó restringir su aplicación. El cambio de destino de los fondos otorgados por este concepto atenta contra una de las principales funciones que tienen los daños punitivos, esto es, constituir a los particulares en fiscales privados de las conductas de los proveedores. Al quitarse el incentivo económico, es probable que sean cada vez menos los consumidores que quieran iniciar acciones legales, afectando de algún modo el acceso a la justicia frente a reclamos de escasa cuantía.

Sin embargo, estas cuestiones no logran empañar todo el resto del articulado propuesto que, conforme se expuso, representan un importante avance en materia de acciones colectivas y de productos defectuosos.

En otro orden de ideas, la experiencia británica demuestra que los cambios en materia de protección del consumidor son constantes y que es necesario que las autoridades se adapten rápido para brindar soluciones acordes a los momentos en que se vive. Tanto la reforma llevada adelante en 2015 como las consecuencias que podría tener el *Brexit*, son hechos que advierten sobre la importancia de que las autoridades tomen prontamente cartas en el asunto al momento de legislar frente a los vertiginosos cambios que se suceden uno tras otros. Sin embargo, en lo que aquí interesa, puede destacarse la previsión de los contenidos digitales regulados en *The Consumer Rights Act 2015*, avanzado incluso más allá de las previsiones protectorias de la Unión Europea. Esto puede servir para darle un mayor alcance a los conceptos dados para producto en el art. 109 del Anteproyecto.

Es por ello que este loable anteproyecto necesita convertirse pronto en ley para acercarse aun más a los objetivos protectorios planteados en el art. 42 de la Constitución Nacional y así ampliar la tutela de los consumidores que poseen actualmente, quedando a la vanguardia a nivel mundial en lo que a la materia respecta.

(75) *Ibidem*, párr. 37.

(76) *Ibidem*, párr. 40.

(77) *Ibidem*, párr. 77.



# La prescripción extintiva en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentino y en la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores chilena

---

ERIKA ISLER SOTO (\*)

## I. Introducción

Los sistemas de protección de los derechos de los consumidores suelen encontrarse integrados por acciones de diversa naturaleza y que cumplen funciones distintas. Dentro de ellas, las civiles interesan de manera inmediata al consumidor y tienen por objeto hacerse cargo de un interés privado, como puede ser, por ejemplo, el resarcimiento de un daño producido (indemnizatoria). Las sancionatorias —administrativas, contravencionales, infraccionales— por su parte, persiguen una finalidad punitiva y de prevención general y especial, castigando y desincentivando hechos ilícitos. Esta vez, el beneficio para el usuario es indirecto, en el sentido de que, si bien una eventual condena en multa no irá a parar a su patrimonio, propende a eliminar o disminuir las conductas lesivas en un sistema económico determinado.

La prescripción extintiva por su parte, y como un correlato de lo anterior, produce efectos diversos en uno y otro caso, a saber, tornar una acción civil en natural y hacer fenecer el poder

punitivo estatal (1). Por tal razón es que resulta especialmente relevante que el legislador fije su régimen jurídico respecto de ambas dimensiones, desde que plazos mayores o menores incidirán directamente no sólo en la satisfacción de pretensiones indemnizatorias de la víctima, sino que también en las decisiones de los proveedores en orden a respetar o no el ordenamiento jurídico vigente (2).

Ahora bien, tanto el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor de Argentina (ALDC), como el texto actual de la ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores de Chile (LPDC), se refieren a ellas, teniendo por objeto el presente documento realizar un análisis comparativo de ambas, el cual es precedido por la exposición de algunos aspectos de la prescripción que inciden directamente en el examen posterior.

## II. Algunas precisiones acerca de la prescripción extintiva

La prescripción extintiva es definida por Ripert y Boulanger como “la desaparición de un derecho por la expiración de cierto lapso durante el cual su titular no lo ha ejercido” (3). Sin

---

(\*) Profesora de Derecho Civil, Universidad de Talca; Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile; Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; ex abogada del Servicio Nacional del Consumidor.

(1) ISLER SOTO, Erika (2017): ps. 127, 148-151.

(2) ISLER SOTO, Erika (2017): p. 38.

(3) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1965), t. V, p. 614.

perjuicio de ello, cabe precisar que, en el caso de la responsabilidad administrativa, el mencionado *ius* no sólo se compone de una prerrogativa, sino que también de un deber, en el sentido de que la autoridad estatal debe velar por el cumplimiento de las normas que regulan la relación de consumo.

Con todo, sea que se trate de la acción civil o de la infraccional, la prescripción liberatoria se compone de dos elementos, a saber: el transcurso del tiempo, y la inactividad del legitimado activo.

El primero de ellos se traduce en la fijación de un plazo extintivo, cumplido el cual se producirán los efectos ya mencionados, esto es, la imposibilidad de solicitar el pago de una indemnización de perjuicios, o bien de perseguir la imposición de una sanción en contra del proveedor infractor. Ahora bien, este término se disgrega a su vez en otros dos subelementos consistentes en el plazo propiamente tal —dos años, tres años, etc.— y su momento de inicio (*dies a quo*), esto es, el hecho a partir del cual aquél comienza a correr. Este último, aunque en ocasiones es olvidado, tiene tanta importancia como el tiempo inicial, puesto que de la conjunción de ambos resultará la efectiva duración de la eficacia de una acción. Así, será muy distinto si, por ejemplo, los dos —o tres, o cinco— años, se cuentan desde la ingesta de un alimento, a que se cuenten desde la advertencia de los daños.

La inactividad del legitimado activo por su parte, consiste en el silencio de la relación jurídica, esto es, la ausencia de actos de los legitimados activos y pasivos por los cuales pueda suspenderse o interrumpirse la prescripción. Al respecto, cabe prevenir que un hecho no tiene *per se* una naturaleza interruptiva o suspensiva, sino que ello dependerá de la calificación normativa (4). Asimismo, en ocasiones el acto que impide la prescripción procederá del eventualmente responsable —por ejemplo, el reconocimiento de la deuda o la reincidencia—, y en otras del titular del derecho —por ejemplo, la interposición de la acción—.

(4) ISLER SOTO, Erika (2017), p. 274.

### III. La prescripción extintiva en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentino

Al momento de fijar el tiempo de eficacia de las acciones, el ALDC distingue entre aquellas que tienen un carácter judicial, y las que presentan una naturaleza administrativa, lo cual constituye una primera novedad respecto de la ley 24.240 (5). Otro acierto del Anteproyecto, radica en que, respecto de ambas, se otorgan reglas referentes a los dos elementos de la prescripción —el plazo extintivo y la inactividad—, como se expondrá a continuación.

Para las acciones judiciales, se contempla un término de 3 años (art. 183 inc. 1º), conservando la extensión temporal de la ley 24.240 (6), y manteniendo también el silencio en lo que dice relación con el momento a partir del cual se comienza a contar (*dies a quo*).

Se agrega que, dicho plazo primará sobre otros menores que pudieren encontrarse contemplados en leyes generales o especiales (art. 183 inc. 1º), lo cual constituye una manifestación en esta sede del principio del *favor debilis*, en virtud del cual, de presentarse un conflicto de normas, prevalecerá aquella que más favorezca al sujeto tutelado (7). Se reintegra así, una regla que ya había sido incorporada al art. 50 de la ley 24.240 por la ley 26.361 (2008). Se trata en todo caso de una explicitación adecuada, desde que reivindica el carácter de mí-

(5) El art. 50 de la ley 24.240 no realiza tal distinción (ROMERA, Oscar Eduardo [1999], p. 291), de lo que se deriva una falta de claridad en lo que dice relación con el tiempo que tiene el consumidor para solicitar la satisfacción de sus propias pretensiones, tal como consta en los fundamentos del ALDC (V.5.3). Según GORDILLO, Agustín (1998), p. II-33, el señalado art. 50, se aplica también cuando sea la propia Administración del Estado, la que estable distintos plazos.

(6) Art. 50 ley 24.240: “Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas”. MOSSET ITURRASPE, Jorge (1998) p. 167, considera adecuado un plazo de 3 años, al comentar el régimen de la ley 24.240.

(7) El art. 3º de la ley 24.240 establece la función interpretativa de este principio.



nimo legal de la normativa reguladora de la relación de consumo (8).

Con todo, propósito de la responsabilidad causada por productos o servicios defectuosos (arts. 108 y ss.), el ALDC establece que los derechos de la víctima se extinguen transcurridos 10 años contados desde la puesta en circulación del producto o la prestación del servicio que causó el perjuicio, salvo que durante dicho período se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial (art. 116). Como la misma norma lo explicita, se trata de un supuesto de caducidad y no de prescripción, que consagra lo que técnicamente se conoce como plazos máximos, y que suelen acompañar a términos de inicio subjetivo. No obstante, en este caso, como se indicó, el ALDC (art. 183), nada dice acerca del hecho al cual se atribuye el efecto de hacer principiar la prescripción, lo cual —al menos respecto de esta materia—, debería ocurrir recién con la advertencia de los daños, conclusión a la que se arriba a partir de una interpretación sistemática y coherente de las disposiciones que integran el Anteproyecto.

Ahora bien, el ALDC establece como causa de interrupción de la prescripción, la iniciación de actuaciones administrativas, la cual concluye con la terminación de la instancia (art. 183 inc. 2º). Asimismo, tanto la interrupción como la suspensión tienen un efecto expansivo, por el cual alcanzan a los otros proveedores que puedan resultar obligados de manera concurrente (art. 183 inc. 3º).

Para las acciones administrativas en tanto, se mantiene el mismo plazo inicial —3 años, sin mención de *dies a quo*— aunque se varía en lo referente al silencio de la relación jurídica. En efecto, esta vez, se agrega al inicio de actuaciones administrativas, la comisión de nuevas infracciones de similar naturaleza, como supuesto de hecho interruptivo (art. 184 ALDC). Ello tiene explicación en el carácter punitivo que presenta esta responsabilidad, toda vez que una sanción se justifica únicamente cuando sea eficaz, lo cual claramente no ocurre, si el infractor reitera la conducta lesiva. Como explica

(8) Refuerza esta idea, el art. 1094 del Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) a propósito de la prelación normativa.

Cerda Fuenzalida en materia penal, una reincidencia manifiesta que el delincuente conserva su peligrosidad que amenaza a la sociedad (9). Con todo, se mantiene la misma causal ya consagrada en el art. 50 de la ley 24.240, aunque se agrega que las nuevas conductas deben tener una similar naturaleza, cuestión que antes había sido discutida, a partir de la escueta fórmula escogida por el legislador (10).

#### **IV. La prescripción extintiva en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores**

Como se adelantó, al igual que el ordenamiento argentino, el sistema de consumo chileno da origen a acciones civiles e infraccionales, las cuales confluyen en la LPDC aunque de manera desigual.

##### **IV.1. La prescripción de las acciones civiles**

La asimetría en el tratamiento que de la responsabilidad hace la LPDC, se manifiesta igualmente a propósito de la prescripción liberatoria, institución regulada en el art. 26, en el sentido de que su texto original aludía únicamente a la contravencional, suscitándose una fuerte discusión en lo que dice relación con el plazo extintivo al cual se encuentran sometidas las acciones civiles en general, y en particular la indemnizatoria (11). Esta incógnita fue resuelta

(9) CERDA FUENZALIDA, Palmira (1930), p. 50.

(10) FARINA, Juan M. (2004), p. 520, estimaba que las conductas debían tener una similar naturaleza.

(11) El art. 26 LPDC en su texto original consagraba para las acciones contravencionales, un plazo de prescripción de 6 meses contado desde la infracción. Nada se decía entonces respecto de las civiles, lo que dio origen a una discusión en lo referente a su régimen jurídico, y en la cual se encontraban en veredas opuestas la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria. La primera, postulaba la autonomía de la responsabilidad civil respecto de la contravencional, por lo que, frente a un vacío normativo, se debía recurrir al Derecho Común como estatuto supletorio, también en cuanto a las reglas de la prescripción. Los tribunales de justicia en tanto ampliamente, e invocando la ley 18.287 sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, se decantaban por la tesis contraria, asilados en una defendida accesoriedad respecto de la sancionatoria. Así las cosas, y al deber ser regidas por un mismo régimen jurídico, por rebote terminaban prescribiendo en el escaso plazo del art. 26 LPDC. Esta discusión se puede consultar en: BARAONA GONZÁLEZ,

en gran medida por la ley 21.081, la cual introdujo en la disposición señalada, la mención de que ellas debían prescribir conforme al Cód. Civil o las leyes especiales, según sea el caso (inc. 1°).

De tal regla se deriva que, para determinar el plazo aplicable, normalmente deberemos atender a si existe un vínculo contractual previo o no. Así, regirá un plazo de 5 años contado desde la exigibilidad de la obligación (arts. 2515 y 2514 Cód. Civil), si la responsabilidad es contractual, y de 4 años contado desde la perpetración del acto (art. 2332 Cód. Civil), si es extracontractual. Y es aquí donde encontramos un primer desafío que queda pendiente, y que dice relación con la anacronía de la mantención en materia de consumo de la distinción entre los citados estatutos, puesto que la estructura del vínculo que se forma entre un proveedor y consumidor torna en irrelevante si el producto o servicio que ha

causado el daño ha sido contratado directamente por la víctima (consumidor jurídico) o bien si simplemente ella lo disfrutó (consumidor material) (12).

Un segundo aspecto sin resolver dice relación con el posible conflicto o bien diálogo entre las acciones que se derivan de la LPDC, las del Código Civil, y las que proceden de leyes especiales, cuando más de una resultare procedente. Como se indicó, el art. 26 se remite a las dos últimas al instituir los estatutos supletorios, pero no indica si entre ellas existe alguna prelación, o bien si se forma un eventual concurso en el cual el legitimado activo puede tomar una opción según su conveniencia, y en cuya decisión desde luego presenta importancia, el plazo de prescripción al cual se encuentran sometidas.

#### ***IV.2. La prescripción de las acciones infraccionales***

La responsabilidad infraccional, por su parte, puede perseguirse hasta los dos años contados desde la cesación de la infracción (art. 26 inc. 1°). Se puede reconocer que, a diferencia del ALDC, ya no coincide este término inicial, con aquel que rige para las acciones civiles, puesto que éstas, como se dijo, deben reconducirse al Derecho Común.

Ahora bien, en lo referente al *dies a quo*, la norma lo sitúa en el momento en que la conducta infraccional ha cesado, adoptando la correcta doctrina a la cual, la jurisprudencia mayoritaria había adscrito con anterioridad a la dictación de la ley 21.081. El fundamento que se encuentra detrás de ello dice relación con la clasificación de las conductas ilícitas según el hecho que determina su consumación, en instantáneas, permanentes y continuadas, a partir de lo cual se fija el inicio de la prescripción (13). Las primeras son aquellas que “describen acciones que, dada su naturaleza, su ejecución puede ser breve o prolongada en el tiempo,

Jorge (2010); BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014) p. 394; BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2012) ps. 115-163; BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2013) ps. 607-648; BARRIENTOS CAMUS, Francisca y CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2013) p. 582; CÁRDENAS BUSTAMANTE, Mario (1999) ps. 69-71; CELEDÓN BAEZA, Andrés Eduardo (2015): ps. 5-6; CORRAL TALCIANI, Hernán (2013) p. 18; CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2004) p. 26; ISLER SOTO, Erika (2017): ps. 129-162. *Valdés Rodríguez con Delgado Figueroa* (2010): 1 JPL Santiago, Rol 38.363-2009, 26/7/2010; *Gutiérrez con Homecenter* (2008): 1 JPL Viña del Mar, Rol 8306-2007, 25/2/2008; *Canahuate con Sociedad Szerecz y Molina Ltda.* (2008): 1 JPL Talcahuano, Rol 5834-2007, 26/9/2008; *Cid con Isapre Consalud* (2006): 1 JPL Osorno, Rol 259-2005, confirmada por la C. Ap. Valdivia, Ing. 125-2006, 5/5/2006; *Pérez Vera con Calzados El Tigre* (2004): 1 JPL Puerto Montt, Rol 2.078-2004, 26/7/2004; *Vera Pincol con Electrónica del Sur* (2009): JPL Coyhaique, Rol 29.863-2009, 18/8/2009; *Martínez con Hites S.A.* (2010): 1 JPL Santiago, Rol 14.905-2010, 29/11/2010; *Meléndez Arteaga con Óptica Ver Bien Limitada* (2011): 1 JPL Santiago, Rol 5.760-2010, 18/1/2011; *Bravo Cáceres con IndIngesa Chile S.A.* (2011): 1 JPL Santiago, Rol 2.806-2010, 10/1/2011; *Vilches Cruz con Comercial Electro South Ltda.* (2010): 4 JPL Santiago, Rol 732-3-2010, 21/10/2010; *González Olivares con Inmobiliaria PY S.A.* (2009); C. Ap. La Serena Ing. 223-2009, 28/12/2009, Id. Microjuris: MJCH\_MJJ22626; *Sernac con Compañía de Telecomunicaciones de Chile* (2007): 1 JPL Pudahuel, Rol 5278-2006, 28/12/2007, confirmada en este punto por la C. Ap. Santiago, Ing. 904-2008, 19/3/2008. No obstante, un hito en el cambio de cauce de la tendencia jurisprudencial la constituyó la sentencia *Sernac con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.* (2013): Corte Suprema, Ing. 12.355-2011, 24/4/2013.

(12) Sobre la inconveniencia de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual en materia de responsabilidad por productos: ISLER SOTO, Erika (2018), ps. 599-609; MOMBERG URIBE, Rodrigo (2017), p. 145.

(13) Un análisis más extenso se puede encontrar en: ISLER SOTO, Erika (2017), ps. 200-216.

pero cuya consumación se produce en un único instante, y junto con ello esa ejecución se termina” (14). Las segundas, en tanto, suponen “el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (...); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica” (15). Por su parte, las continuadas, se encuentran integradas “por un conjunto o serie de actos con la característica de que cada uno de ellos aisladamente considerado puede constituir un delito” (16). En estas dos últimas categorías, al desplegarse la conducta en el tiempo, la prescripción se iniciará únicamente cuando ella hubiere cesado (17).

Si bien esta decisión del legislador se agradece, nada se dice acerca de otro criterio que se puede utilizar para la determinación del momento de inicio del plazo, y que opera con independencia de el o los instantes en que se consuma el ilícito. En efecto, también tiene incidencia el eventual conocimiento que pudiere tener el legitimado activo de la contravención, así como de la disponibilidad de la acción (18). De esta manera, encontramos en primer lugar, un sistema objetivo que prescinde de ello, y fija el *dies a quo* en un hecho neutro que no considera la posición subjetiva del consumidor, como podría ser la entrega del producto o la celebración de un contrato (19). Por la solución contraria, el plazo para interponer la acción únicamente comenzará a correr cuando el titular del derecho ha podido acceder a los antecedentes que le permitan efectiva y responsablemente ejercer su prerrogativa, tal como podría

ser el instante en que se conocen los daños, la conducta ilícita o la identificación del sujeto que ha incurrido en el ilícito (20).

Como se puede apreciar, cada uno de ambos mecanismos se sustentan sobre la base de principios fundantes de los ordenamientos jurídicos, como lo son la certeza jurídica, y la justicia, respectivamente. Con todo, esta problemática no es resuelta por el texto actual de la ley, lo que unido a la ausencia de un régimen general que aborde la responsabilidad por productos (arts. 108-116 ALDC), puede tornar en incierta la satisfacción de una pretensión indemnizatoria de quien ha sufrido un daño en sede de consumo.

No obstante, la segunda tesis es la correcta, puesto que no se puede reprochar la inactividad del legitimado activo —recordemos el fundamento sancionatorio de la prescripción—, si ello tiene origen en el desconocimiento y no en su desidia o negligencia. En este sentido se había pronunciado también Momberg Uribe: “la infracción es un hecho complejo que no solo se compone de la transgresión abstracta de una norma legal, sino que incluye el menoscabo o daño que se produce al consumidor con dicha transgresión. Es desde que el daño se manifiesta y puede ser conocido por el consumidor que el plazo de prescripción comienza a correr. Ello acontecerá en el caso de bienes o servicios defectuosos cuando se evidencia el defecto, o en el caso de cláusulas contractuales, cuando ellas produzcan efectos respecto del consumidor, es decir, cuando el consumidor se vea privado de ejercer un derecho o se le imponga alguna obligación con base a dichas cláusulas. En otras palabras, no necesariamente es la celebración del contrato abusivo la circunstancia que configura la infracción, sino la ejecución del mismo” (21).

Es de esperar entonces, que nuestros tribunales sigan decantándose por esta segunda tesis, tal como lo habían venido haciendo con anterioridad a la modificación legislativa. Así, por ejemplo, se ha fallado que en aquellos casos en que la defectuosidad o inseguridad se determina o acredita por la autoridad téc-

(14) GARRIDO MONTT, Mario (1997), p. 259.

(15) MIR PUIG, Santiago (2011), p. 234.

(16) GARRIDO MONTT, Mario (2010), p. 391.

(17) *Henríquez Velas y otros con Universidad Arturo Prat* (2013): 1 JPL Iquique, Rol 2.226-E-2011, 16/8/2012, confirmada por la C. Ap. Iquique, 26/2/2013; *Sernac con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.* (2013): Corte Suprema, Ing. 12.355-2011, 24/4/2013; *Sernac con Davis Autos S.A.* (2006): 4 JPL de Santiago, Rol 79-5-2006, 14/7/2006; *Sernac con Hites* (2005): C. Ap. Santiago, Ing. 2778-2005, 9/11/2005, en relación a Rol 17.708-DIO-2004, 3 JPL Santiago, 16/3/2005.

(18) Un análisis más extenso se puede encontrar en: ISLER SOTO, Erika (2017), ps. 189-200.

(19) ISLER SOTO, Erika (2017), p. 190.

(20) ISLER SOTO, Erika (2017), p. 192.

(21) MOMBERG URIBE, Rodrigo (2016), p. 321.

nica o administrativa, el plazo de prescripción principiará únicamente cuando se obtenga tal pronunciamiento (22).

Ahora bien, la fórmula subjetiva puede afectar, como se dijo, la certeza jurídica, razón por la cual, se la suele asociar a un plazo máximo de caducidad de inicio objetivo (23). Como explica Cañizares Laso, “un sistema subjetivo, único y genuino, podría conducir a que las pretensiones nunca prescribirían si el titular de la pretensión no tiene conocimiento o posibilidad de conocimiento, en los términos vistos” (24).

No obstante, ello también es silenciado por la LPDC, pese a la importancia que reviste. El ALDC por su parte, y como se señaló, a propósito de la responsabilidad que surge de los daños causados por productos o servicios defectuosos, lo incorpora expresamente (art. 116), aunque no establece una regla especial de prescripción.

## Bibliografía

### Normativa chilena

Código Civil.

Ley 18.287, establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, D.O. 7/2/1984.

Ley 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, D.O. 7/3/1997.

### Normativa argentina

Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, 13/10/1993.

(22) *Sturia Zerené con Operadora de Tarjetas Líder S.A. y Operadora de Tarjetas Líder Servicios Financieros S.A.* (2016): JPL Providencia, Rol 47.598-F-2015, 11/1/2016; *Sernac con Importaciones Shan Chun Wu Liu EIRL* (2015): 2 JPL Iquique, Rol 15.716-E-2014, 26/11/2015; *Sernac con Falabella SACI* (2008): 2 JPL Las Condes, Rol 29.517-10-2007, 4/9/2008 (chocolates con *Salmonella Enteritidis*); *Sernac con Braun Medical S.A.* (2010): JPL San Bernardo, Rol 3422-4-2008, 18/1/2010, confirmada por la C. Ap. San Miguel, Ing. 187-2010, 17/5/2010 (suplemento alimenticio con deficiencias en la proporción de los componentes).

(23) ISLER SOTO, Erika (2017), p. 88.

(24) CAÑIZARES LASO, Ana (2002), p. 421.

## Doctrina y literatura científica

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2010): “Superposición de los regímenes de responsabilidad en el ámbito del consumo. ¿Responsabilidad infraccional, extracontractual, contractual?”, Conferencia dictada en *XI Seminario de Actualización en Derecho de Daños: Responsabilidad por daños causados en las relaciones de consumo*, Universidad de los Andes, 23 de noviembre de 2010.

— (2014): “La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, nro. 2, ps. 381-408.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2012): “Estudio sobre la prescripción y caducidad en el Derecho del Consumo”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, nro. 19, Santiago, ps. 115-163.

— (2013): “Artículo 26 LPDC”, en: DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO WILSON, Carlos (edit.): *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters), ps. 607-648.

BARRIENTOS CAMUS, Francisca y CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2013): “Artículo 23 inc. 1 LPDC”, en: DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, Carlos (edit.): *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters), ps. 556-582.

CAÑIZARES LASO, Ana (2002), “La prescripción en el BGB después de la reforma del Derecho de Obligaciones”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo 1* (Madrid, Editorial Thomson Civitas), ps. 409-431.

CÁRDENAS BUSTAMANTE, Mario (1999), “Análisis jurídico de la Ley de Protección al Consumidor”, en *Revista de Derecho* Universidad Austral de Chile Vol. X (Valdivia, Universidad Austral de Chile), ps. 69-74.

CELEDÓN BAEZA, Andrés Eduardo (2015), “Tutela Jurisdiccional del Consumidor. Legitimidad para Accionar. Reforma al sistema tutelar del consumo en Chile. Desde lo jurisdiccional a

- lo administrativo”, XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal – Jujuy 2015 “Modelos de Justicia: Estado actual y reformas procesales”, disponible en [http://www.uaautonoma.cl/wp-content/uploads/2015/08/Tutela\\_jurisdiccional\\_del\\_consumidor.\\_Legitimidad\\_para\\_accionar.-\\_Versi%C3%B3n\\_10\\_carillas.pdf](http://www.uaautonoma.cl/wp-content/uploads/2015/08/Tutela_jurisdiccional_del_consumidor._Legitimidad_para_accionar.-_Versi%C3%B3n_10_carillas.pdf), revisado el 27/1/2019.
- CERDA FUENZALIDA, Palmira (1930), *De la prescripción en el Derecho Penal* (Santiago, Imprenta y Encuadernación La Economía).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013), *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Thomson Reuters).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2004), *El nuevo procedimiento regulado en la Ley N° 19.496* (Santiago, Editorial Lexis Nexis).
- FARINA, Juan M. (2004), *Defensa del consumidor y del usuario* (Buenos Aires, Editorial Astrea).
- GARRIDO MONTT, Mario (1997), *Derecho Penal. Parte General. Tomo 2* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- (2010), *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GORDILLO, Agustín (1998), *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado, Tomo 2* (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 3ª ed.).
- ISLER SOTO, Erika (2017), *Prescripción en el Derecho del Consumo* (Santiago, Rubicón).
- (2018), “La responsabilidad por productos y su incidencia en la unificación de la responsabilidad civil de consumo”, en Llamas Pombo, Eugenio (Coord.): Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca (Valencia, Tirant lo Blanch), ps. 599-609.
- MIR PUIG, Santiago (2011), *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición (Barcelona, Editorial Reppertor).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2016), “Derecho de Consumo”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, nro. 26, ps. 319-328.
- (2017), “Responsabilidad por productos defectuosos: ¿Estatuto contractual, extracontractual o especial?”, en BARRÍA DÍAZ, Rodrigo; FERRANTE, Alfredo; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (Ed.), *Presente y futuro de la responsabilidad civil* (Santiago, Thomson Reuters), ps. 129-146.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (1998), *Defensa del Consumidor* (Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores).
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1965), *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, t. V (trad. Delia García Daireaux, Buenos Aires, La Ley).
- ROMERA, Oscar Eduardo (1999), “Protección penal del consumidor en la Argentina y en los países del Mercosur”, en CORRAL TALCIANI, Hernán (ed.), *Derecho del Consumo y protección al consumidor: Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras. Cuadernos de Extensión* (Santiago, Universidad de los Andes), ps. 251-299.



# Una mirada desde el derecho chileno al consentimiento inequívoco y los acuerdos extrajudiciales supraindividuales

---

FRANCISCA BARRIENTOS CAMUS (\*)

## I. Introducción

Me han invitado a escribir algunos comentarios y reflexiones sobre el proyecto de ley de defensa del consumidor argentino, desde la mirada del derecho chileno.

Así es que, primero que todo, agradezco la invitación intentando ofrecer algunos aportes y opiniones que generen una reflexión para los promotores de este interesante y bien logrado proyecto de ley. En realidad, se nota el cuidado de los autores y autoras en la redacción de las normas, como también la técnica legal empleada. Vayan mis sinceras felicitaciones.

Dicho eso, en primer lugar, formularé algunos comentarios a la disposición que regula el consentimiento “inequívoco”. Me parece interesante aportar con la mirada nacional, para explicar los problemas de delimitación que ha tenido esta regla con la aceptación expresa de los consumidores y el silencio que se intenta disfrazar de aquiescencia.

---

(\*) Magíster en Derecho, Doctora en Derecho. Profesora, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile. Agradezco la invitación a escribir estos comentarios a los profesores Fulvio Santarelli y Demetrio Alejandro Chamatropulos. Y también le doy las gracias a mi ayudante de investigación Luna Valdebenito por la búsqueda de información sobre las mediaciones colectivas. Este trabajo forma parte de los fondecyt regular N° 1180329 y fondecyt regular N° 1191017, de los cuales la coautora es coinvestigadora.

En segundo lugar, se ofrece la vasta experiencia chilena en materia de acuerdos extrajudiciales colectivos que podría ser tomada en consideración por las comisiones encargadas de tramitar este proyecto de ley (1), para efectos de lograr una mejor defensa de los derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos de los consumidores transandinos.

Finalizaré estas palabras con breves reflexiones conclusivas.

## II. El consentimiento inequívoco

Las reglas dispuestas en el PL muestran la intención de los redactores de consagrar normas de protección de los consumidores en todas las etapas del íter contractual.

Por eso, se regula el consentimiento del consumidor, en términos que su voluntad “debe constar de forma inequívoca”, tanto para contratar, como para dejar sin efecto un contrato por adhesión (art. 38 PL).

Los redactores del proyecto señalaron en sus fundamentos que se ha pretendido generalizar la regulación contenida en el art. 35 Ley de defensa del consumidor, siguiendo la tendencia española.

Desde la perspectiva chilena, la necesidad de contratar, pero especialmente de modificar

---

(1) En adelante PL o simplemente proyecto.

un contrato por adhesión o dejarlo sin efecto, a través de un consentimiento inequívoco ha sido objeto de importantísimos pronunciamientos judiciales, sobre todo en el ámbito financiero y también ha generado una serie de estudios dogmáticos.

El problema se ha presentado porque los proveedores predisponen cláusulas abusivas, especialmente de modificación unilateral (que desnaturaliza obligaciones), en la que entienden que el consumidor “acepta tácitamente” la nueva politicación propuesta, en circunstancias que el Servicio Nacional del Consumidor (2) y los tribunales consideran que se trata de un silencio prohibido por la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (3).

Entonces, la pregunta que ha surgido en dichos casos se relaciona con el valor de la aceptación tácita o “inequívoca” de los consumidores, en supuestos que afectan el precio por los servicios contratados o las comisiones pagadas *in peius* de los derechos de los consumidores.

Se trata de los fallos Sernac con Cencosud (4) y Sernac con BBVA (5), en que a través de una serie de cláusulas predisuestas, los proveedores financieros pretendían alzar el precio de las comisiones de sus productos.

(2) En adelante Sernac o Servicio

(3) En adelante ley chilena, ley de consumo chilena o LPDC.

(4) Sernac con Cencosud, Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol N° 12.355-11. En el caso Cencosud, el año 2006 la empresa informó a sus clientes que tenían un promedio de compras inferiores a \$50.000 (USD 76,46) durante los últimos 6 meses, que se incrementaría su comisión por mantención de \$460 (UDS 0,70) a \$ 990 (UDS 1,51) mensuales. O sea, se produciría un incremento de \$530 (USD 0,81) mensual desde esa fecha en adelante. Para ello, invocó la cláusula 16ª de los contratos y su Reglamento. Esta decisión fue informada por la empresa a través de un pequeño recuadro ubicado en los estados de cuentas de los tarjetahabientes, cuya redacción fue la siguiente: “informamos que, a partir del 1 de febrero de 2006, el valor de la comisión mantención mensual será de \$990” (UDS 1,51).

(5) Sernac con BBVA, Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N° 100.759-2016. En este caso, se envió una comunicación escrita que indicaba que, a partir del año 2013, todos los 1º de enero de cada año se aumentarán todas las comisiones asociadas a la cuenta corriente en un 3% sobre el monto vigente en UF de cada comisión.

Se decía que en ambos casos se ha discutido la posibilidad de alzar las comisiones de productos financieros. Esto puede resultar importante, pues el PL solo las nombra una vez (en materia de publicidad [art. 85 PL]) y luego las hace extensivas como un deber de información precontractual (art. 86 PL) para los contratos de consumo celebrados con personas naturales (art. 81 inc. 2do. PL).

Con esta idea, quiero resaltar la escasez regulatoria que presenta el proyecto en este punto, al igual que en Chile. En efecto, en nuestro medio han existido problemas con las comisiones, pues no sabe con exactitud cuál es su naturaleza jurídica, ni menos su distinción con los intereses (6). Y, en realidad, el tema de las comisiones puede tener impacto hasta en el sobreendeudamiento de los consumidores (7), de allí que se estime de relevancia estudiarlo.

(6) En Servicio Nacional del Consumidor con Créditos Organización y Finanzas S.A., Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N°27802-2014, se discutieron estos temas, llegándose a la conclusión que calificaba como interés una comisión llamada de “administración variable” que cobraba la empresa. En palabras de la Corte, “Que, conforme a lo anunciado, ahora procede efectuar la calificación de la (llamada y controvertida) ‘comisión’, aplicando las características anotadas a la situación propuesta. Se dijo que la llamada comisión se hizo consistir en el cobro de un monto en pesos por cada compra o evento de uso de la Tarjeta, multiplicado por el mismo número de cuotas que el cliente haya elegido en la transacción realizada, monto que se cobrará en cada cuota y que también es imputable al monto máximo anual de administración. Puede notarse entonces que la denominada ‘comisión de administración variable mensual’ es calculada en base al número de cuotas, con dependencia y proporcionalidad respecto del capital, presentando las características de los intereses, antes mencionada. En estas circunstancias, esta Corte concluye que la denominada ‘comisión de administración variable mensual’ que cobra la demandada es efectivamente un interés; por tanto, debe ser tratada como interés y esos valores deben recibir la aplicación de las normas legales dispuestas para los intereses” (considerando décimo quinto).

(7) A propósito del sobreendeudamiento de los consumidores, me gustaría felicitar a los miembros de la Comisión redactora del proyecto por la regulación contenida. Es importante contar con principios y políticas públicas que tengan por objeto prevenir el sobreendeudamiento de los consumidores. Esta misma técnica podría replicarse en Chile. Sin embargo, me permito sugerirles que establezcan una sanción expresamente regulada a los supuestos de incumplimientos



En el caso de Cencosud el plazo para el alza era de 30 días. Y, para BBVA, los primeros días de cada año. Las cláusulas de adhesión establecían, además, que en caso de rechazo, “cualquiera de las partes” podría dejar sin efecto el contrato (8). Estas dos cláusulas fueron calificadas como abusivas.

En estos juicios paradigmáticos, las Cortes chilenas se han preguntado si es que realmente existió un consentimiento inequívoco de los consumidores; el valor que se le asigna a dicha forma de asentimiento contractual; y, su relación con el silencio, como una forma de no manifestación de voluntad para celebrar negocios jurídicos.

En los dos casos, la solución ha sido la misma: la cláusula predispuesta al inicio del contrato, que pretende el alza de las comisiones durante la ejecución contractual no contiene un consentimiento tácito o inequívoco de los consu-

---

del art. 87 PL, como por ejemplo una multa a beneficio fiscal o hasta la pérdida de los intereses. Junto con ello, no se aclara si estos deberes son gratuitos u onerosos, de forma parcial o total.

(8) La cláusula Cencosud establecía lo siguiente: “Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario, *entendiéndose que éste acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva*. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido” (énfasis agregado).

La cláusula BBVA señalaba “11.- Comisiones: “El banco podrá cobrar comisiones fijas o variables por un conjunto de productos o servicios o por cada uno de ellos por separado, las que se pagarán con cargo a la cuenta corriente o tarjeta de crédito, según corresponda. El monto de las comisiones, su periodicidad de cobro y la modalidad de cálculo se contienen en las condiciones particulares. El banco podrá modificar las comisiones durante la vigencia de los contratos. Todo aumento deberá ser puesto en conocimiento del cliente para su aceptación o rechazo, con al menos 2 meses de anticipación a la fecha que comience a regir. Si el cliente nada dice dentro de dicho plazo, se aplicará lo siguiente: (a) si el cliente usa el producto o servicio una vez que esté vigente la nueva comisión, se entenderá que la ha aceptado tácitamente, desde dicho uso; y (b) si el cliente no usa el producto o servicio dentro de los 2 meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la nueva comisión, esta no se aplicará y las partes podrán poner término al producto o servicio, conforme se indica en el número 5 de estas disposiciones comunes”.

midores, menos si se trata de un aumento del precio por el mismo servicio.

Entonces valga la experiencia chilena en esta materia para hacer algunos comentarios y reflexiones, que pueden colaborar con la discusión del proyecto en esta materia.

Así las cosas, corresponde examinar si el consentimiento inequívoco es equivalente al expreso y su distinción con el silencio.

### ***II.1. La aceptación expresa y tácita o inequívoca de los consumidores***

El primer comentario que me gustaría formular se relaciona con las formas de aceptación del consumidor, ya que después de la sentencia Cencosud, en el tráfico se comenzó a confundir la aceptación inequívoca con la expresa; o más bien, a sostener que la única forma de aquiescencia válida de los consumidores era la expresa.

Sin embargo, la doctrina civil considera que la aceptación tácita sí podría tener cierta cabida en las relaciones con consumidores, pero con ciertas aprehensiones, que comparto.

En general, los argumentos pasan por considerar que deben aplicarse las reglas del Código de Comercio (normativa que regula la formación del consentimiento en Chile), que otorgan igual valor a la aceptación expresa y tácita, cuidando el cumplimiento de ciertas prescripciones especiales dispuestas en la ley de consumo.

En este sentido, Mauricio Tapia ha expresado que: “Desde ya debe tenerse presente que en el derecho privado nacional la aceptación tácita está sujeta a las mismas reglas y produce los mismos efectos que la aceptación expresa (art. 103 del *Código de Comercio*). Si bien es una regla que se encuentra en el *Código de Comercio*, en ausencia de una regulación sistemática de la formación del consentimiento en el *Código Civil*, se ha estimado que tales reglas suplen este vacío y forman parte del Derecho Común. Por su parte, la LPDC al no contener reglas expresas al respecto, debe interpretarse a la luz de ese derecho común” (9). Entonces, como

---

(9) TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2014) “Silencio y aceptación del consumidor”, Francisca Barrientos (coord.) en *Condiciones generales de la contratación y*

es posible apreciar Tapia pone el acento en el vacío regulatorio de la LPDC; por eso, integra las disposiciones mercantiles con el derecho común y de consumo, dándole plena cabida a la manifestación de voluntad tácita.

Incluso, en ocasiones anteriores he señalado que “El consentimiento en los contratos por adhesión puede prestarse de forma expresa o tácita. Ambos tienen el mismo valor y producen los mismos efectos” (10). Quizás, para aclarar, habría que destacar que la manifestación tácita o inequívoca de voluntad también requiere del suministro de información necesaria de parte del proveedor, entregada de forma transparente.

Con todo, el autor que ha precisado la forma en que operaría la aceptación tácita es Jorge Baraona, quien opina que “La manifestación de voluntad en los actos de consumo por parte del consumidor está sujeta a una importante restricción, entendiéndolo por silencio a la falta de expresión de voluntad, fundamentalmente por la vía del lenguaje, oral o escrito. En consecuencia, de la falta de manifestación o expresión de voluntad no puede derivarse aceptación del consumidor. La norma [art. 3º letra a)] tiene interés para los efectos de analizar la posible validez de aceptaciones tácitas, es decir, de aquellas que no se derivan de una explícita, clara e inequívoca manifestación de consentimiento por parte del consumidor. *Ellas no podrán admitirse con tanta amplitud como en el derecho común, pues, pueden esconder abusos, en el sentido de que el consumidor no ha conocido exactamente la propuesta que está aceptando. [...]* Por lo mismo, las aceptaciones tácitas, como la que acabo de referir están severamente restringidas en el derecho de consumo” (11). Así, para

*cláusulas abusivas. Cuadernos de análisis jurídico VIII*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, p. 58.

(10) BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2014) “Una mirada al silencio y la aceptación en los contratos por adhesión con consumidores a partir del caso CENCOSUD”, Francisca Barrientos (coord.) en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de análisis jurídico VIII*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, p. 47.

(11) BARAONA, Jorge (2014) “La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo”, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 41, nro. 2, ps. 388 y 389.

Baraona lo importante es que se demuestre que el consumidor ha podido conocer “exactamente que está aceptando” y que dicha forma de consentimiento generada por el proveedor, muchas veces en una cláusula predispuesta, no se preste para abusos. Y, lleva mucha razón, pues algunos proveedores han intentado disfrazar el consentimiento inequívoco con formas de silencio prohibidas expresamente en nuestra LPDC.

Por eso, antes de examinar el tema del silencio, es importante formular la distinción entre las aceptaciones expresas y las aceptaciones tácitas.

En nuestro país son declaraciones expresas las que se formulan en términos verbales o escritos; mientras que las tácitas, aquellas que se deducen sin dudas de los actos que el sujeto realiza.

Luis Claro Solar (12) consideró que el consentimiento tácito tiene como fuente el “buen sentido”, pues hay que confiar en circunstancias externas para darlo por manifestado.

Para Arturo Alessandri y Manuel Somarriva “la voluntad es tácita cuando el contenido de nuestro propósito no es revelado explícita y directamente, sino que se deduce de ciertas circunstancias concurrentes, de la conducta o comportamiento de una persona. Pero el comportamiento y los hechos de los cuales se deduce la voluntad deben ser concluyentes o unívocos, es decir, no deben ofrecer la posibilidad de diversas interpretaciones” (13).

Para Ramón Domínguez la voluntad tácita se deduce de ciertas circunstancias, conductas o comportamientos (14). Víctor Vial del Río opina que se trata de “aquella que se desprende de un

(12) CLARO SOLAR, Luis (1937), *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, vol. V, De las obligaciones, reimp. 2013, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, nro. 750, p. 97.

(13) ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel (1991), *Derecho Civil, parte preliminar y parte general*, 5a ed., tomo segundo, capítulo XXV, Santiago, Editorial Ediar-Conosur, 1991, p. 182.

(14) DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2012), *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed. actual., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 37.

comportamiento que revela inequívocamente la aquiescencia” (15).

En un sentido similar se ha pronunciado Carlos Pizarro, quien manifiesta que “En definitiva, para que estemos en presencia de una voluntad tácita, los hechos que se esgrimen como constitutivos de la misma sólo pueden tener ese significado y ningún otro, cualquier interpretación que admita otro sentido a ese acto significa la ausencia de voluntad. Es ésta la explicación a la voz ‘inequívoca’ que utiliza toda la literatura disponible a propósito de la voluntad tácita” (16).

Por eso, no puede haber dudas con la calificación de la manifestación de voluntad como tácita. Se trata de hechos no expresables, sea verbales o escritos, que dan a entender de manera inequívoca, sin lugar a dudas que el consumidor “quería y entendía” los términos contractuales; y conforme a ellos, aceptó celebrar, modificar o dejar sin efecto el contrato por adhesión.

Desde otra perspectiva, he señalado que en los casos de aceptación tácita “... conforme a las circunstancias de cada caso particular, el sujeto (ya sea el acreedor o el deudor) declara su voluntad de manera clara e indubitativa de producir o extinguir efectos jurídicos, pero no en términos expresos, sino que por su comportamiento sería posible inferirlo” (17).

Estas mismas ideas se ven reflejadas en los considerandos de la Corte Suprema del fallo Cencosud, al sentenciar que “... *el uso de la tarjeta no necesariamente supone, de manera*

(15) VIAL DEL RÍO, Víctor (2015), *Teoría General del Acto Jurídico*, 5ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 67.

(16) PIZARRO WILSON, Carlos (2014), “La ley debe regular los actos que valgan aceptación de ofertas de modificación”, Francisca Barrientos (coord.) en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de análisis jurídico VIII*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, p. 26.

(17) BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2014), “Una mirada al silencio y la aceptación en los contratos por adhesión con consumidores a partir del caso Cencosud”, Francisca Barrientos (coord.), en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de análisis jurídico VIII*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, p. 33.

*inequívoca, que se ha aceptado la modificación*, pues, para ello es indispensable acreditar que cada cliente ha conocido de manera real la modificación propuesta unilateralmente por la empresa (y no sólo presunta al haber recibido la notificación) [...] la circunstancia que *hayan usado una tarjeta no es signo inequívoco o concluyente de aceptación a la modificación propuesta*; por lo mismo, derivar de ello una aceptación, supone darle al silencio un sentido de manifestación de voluntad, que se encuentra expresamente prohibido” (énfasis agregado, considerando 6º sentencia de reemplazo).

Y en la sentencia BBVA (18) se vuelven a enunciar cuando el Máximo Tribunal rechaza la defensa del proveedor, en orden a defender el aumento unilateral anual del 3% de todas las comisiones asociadas a la cuenta corriente. En sus palabras, “Que, en efecto, la voluntad tácita descansa en la existencia de hechos que por su naturaleza son idóneos para sugerir una cierta voluntad, pero siempre a partir del *conocimiento adecuado* que el manifestante tiene sobre la precisa situación involucrada, ya que debe tratarse de un consentimiento no viciado. *En tal caso, los hechos suyos hablan por el declarante*” (énfasis agregado, considerando trigésimo).

Me parece interesante destacar que, cuando se está frente a un consentimiento inequívoco, “los hechos suyos hablan por el declarante” porque hay *facta concludentia*.

Incluso, desde la perspectiva de los efectos, podría ser interesante considerar que se podría producir una renuncia de derechos, tal como lo sostuvo la Corte Suprema de Chile, al expresar que “La aceptación tácita envuelve renuncia a derechos estipulados a las condiciones ofrecidas por el proveedor y aceptadas por el consumidor” (considerando vigésimo noveno).

Entonces la diferencia que presenta la aceptación expresa con la tácita es que, en términos generales, la primera se manifiesta a través de formas verbales o escritas; mientras que la segunda se deduce de un contexto, se presume de ciertos hechos que dan lugar, insisto, sin dudas

(18) Sernac con BBVA, Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol 100.759-2016.

a que la persona quería y conocía los efectos del negocio jurídico que celebraba.

De allí que lo ideal sería que toda aceptación del consumidor se manifieste de forma expresa, cuidando eso sí las reglas de transparencia y de provisión de la información necesaria, porque como se planteó en los párrafos anteriores, el campo de aplicación de la voluntad tácita debe estar limitado, evitando que se preste para abusos del proveedor.

Y esto es lo que el proyecto exige para los consumidores cuando regula la necesidad de contar con el consentimiento inequívoco. Por eso, se sugiere tenerlo en consideración y reflexionar sobre la necesidad de regular, además, otras formas de consentimiento. A mi juicio, sería recomendable disponer que se reconocen las manifestaciones expresas, tácitas o inequívocas; que estas últimas no pueden confundirse con el silencio; y que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo, tema que se analizará a continuación.

## ***II.2. La distinción entre el silencio y la aceptación inequívoca de los consumidores***

El art. 3º letra a) de la LPDC (19) dispone que “El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”.

El silencio supone la pasividad del sujeto. Para Arturo Alessandri, “Jurídicamente el silencio supone la ausencia de toda manifestación de voluntad, aun tácita, la completa inacción o pasividad del sujeto en términos de que es imposible conocer su pensamiento en favor o en contra del contrato que se le propone” (20).

Para distinguir la voluntad tácita del silencio, este autor sostuvo que “quien calla no expresa ninguna voluntad si no es la de callar”.

Y esto es precisamente lo que sentenció la Corte Suprema en Cencosud, en que declaró en carácter de *obiter dictum* que “... *el uso de la*

*tarjeta no necesariamente supone, de manera inequívoca, que se ha aceptado la modificación, pues, para ello es indispensable acreditar que cada cliente ha conocido de manera real la modificación propuesta unilateralmente por la empresa (y no sólo presunta al haber recibido la notificación) [...] la circunstancia que hayan usado una tarjeta no es signo inequívoco o concluyente de aceptación a la modificación propuesta; por lo mismo, derivar de ello una aceptación, supone darle al silencio un sentido de manifestación de voluntad, que se encuentra expresamente prohibido” (énfasis agregado, considerando 6º sentencia de reemplazo).*

Por eso, en otra ocasión expresaba que “Aquí está la esencia del consentimiento tácito, los signos que permitan considerar que ha aceptado de manera concluyente. Es decir, que realice un comportamiento activo, no expreso, pero que manifieste de forma inequívoca una forma de declaración de voluntad. Y para la Corte el mero uso de la tarjeta, bajo estas circunstancias particulares aplicables a esta relación jurídica *no permitieron inferir de manera concluyente la aceptación de los miles de tarjetahabientes. De allí que se califique como un silencio prohibido por la ley (énfasis agregado)” (21).*

Así, el uso o seguir manteniendo la tarjeta no constituye aceptación del alza de las comisiones que se intentaban cobrar, si no que más bien una hipótesis de silencio prohibido por el legislador.

Regla judicial que fue ratificada en el fallo BBVA, en el cual se expresó que “No puede decirse que estas modificaciones sean aceptadas por los clientes *por hacer uso de los productos una vez efectuada la comunicación del proveedor, pues tales comportamientos no pueden ser, por vía de una convención, validados como idóneos para manifestar la voluntad en las relaciones de consumo que protege la ley” (énfasis agregado, considerando trigésimo cuarto).*

(19) Se trata de una disposición de carácter imperativa, que además se enmarca dentro de los derechos irrenunciables del consumidor (art. 4º LPDC).

(20) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1941), “El valor jurídico del silencio”, publicado en: Puntolex Santiago, Chile. Citas: CL/DOC/549/2010 [14 de febrero 2019].

(21) BARRIENTOS CAMUS, Francisca, “Una mirada al silencio y la aceptación en los contratos por adhesión con consumidores a partir del caso Cencosud”, Francisca Barrientos (coord.) en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de análisis jurídico VIII*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2014, p. 44.

Entonces, resulta importante distinguir con precisión el silencio de supuestas manifestaciones inequívocas de voluntad, como sucedió en nuestro país cuando se intentó disfrazarlo con supuestas declaraciones tácitas.

Y como se decía en el número anterior, se recomienda regular de forma expresa que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo.

Una vez analizado el tema del consentimiento inequívoco, corresponde pronunciarse sobre un tema que no ha sido objeto de regulación por parte del PL. Se trata de los acuerdos extrajudiciales supraindividuales, que han tenido una experiencia muy exitosa en nuestro país.

### III. La regulación de los acuerdos extrajudiciales supraindividuales (22)

El proyecto de ley intenta crear una agencia de consumo especializada siguiendo la experiencia peruana y chilena, entre otras.

En efecto, la Autoridad Nacional de Aplicación tendría por objeto la aplicación exclusiva y excluyente de ley de consumo (art. 124 PL). Es decir, esta agencia tendría amplias competencias para realizar la conciliación y arbitraje de consumo, la instrucción de sumarios y el control de cláusulas abusivas; las relaciones institucionales e internacionales del organismo, la asesoría legal general de la dependencia y con la educación, estadística y estudios de consumo, etc. (art. 125 PL).

No obstante lo anterior, en ninguna parte se hace referencia a la representación judicial y extrajudicial que tendría su Presidente o Directorio (art. 127 PL). Sólo se habla de la representación legal y la función administrativa de la ANCON (art. 127 PL), a diferencia de lo que ocurre en mi país.

En Chile, el Servicio Nacional del Consumidor es un organismo que, en términos genera-

les, debe “.. velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor” (art. 58 LPDC).

Para efectos de este comentario, interesa destacar que su Director Nacional tiene las facultades de representación judicial y extrajudicial expresamente recogidas en el art. 59 la ley. Esto ha sido muy importante, pues se ha discutido si puede negociar, a fin de precaver un litigio eventual, aceptándose la tesis afirmativa.

Interesa destacar lo anterior, porque de la mera lectura del proyecto de ley y sus fundamentos se aprecia una especial preocupación por la transacción, como una forma alternativa de solución controversias de los intereses individuales homogéneos, de incidencia colectiva y difusa de los consumidores, pero no se observa regulación alguna sobre las negociaciones u otras formas diversas de resolución alternativa de controversias, que pueden evitar un juicio colectivo. Es más, el proyecto regula la transacción siempre en el contexto judicial, haciendo referencia al rol del juez (art. 181 PL).

Lo digo, porque ¿se ha considerado qué implica en la práctica obligar a los consumidores a solicitar judicialmente la liquidación de sus daños individuales ante el mismo tribunal por vía incidental (art. 179 inc. 4to. PL)? Al menos en Chile, en muy pocas ocasiones (si no ninguna) esto se ha realizado, más bien la experiencia nacional nos indica que los consumidores prefieren otras formas de entrega más automatizadas y simples, ya que es muy costoso para ellos la realización de los trámites judiciales. Junto con ello, la regla del proyecto contempla una especie de “segundo juicio”, pues exige que cada uno de los consumidores afectados deba acreditar sus daños, los que serían cuantificados de manera individual en cada sentencia particular. Y aquí también gozamos de experiencia, pues los consumidores, por su propia naturaleza y debilidad estructural en la relación de consumo, no suelen guardar las pruebas necesarias para estimar el *quantum* indemnizatorio. De allí que el Sernac y algunas Asociaciones de Consumidores hayan negociado extrajudicialmente formas alternativas de reparación.

---

(22) Esta parte contiene algunos extractos de la presentación realizada el 13 de septiembre de 2018, en las V Jornadas de Derecho del Consumidor, organizadas por la escuela de graduados del Colegio de Abogados de Tucumán y ACONOA (Asociación de Consumidores del Noroeste Argentino), cuyo principal organizador fue Germán Müller, a quien le agradezco la invitación.

Entonces, bien merece la pena preguntarse ¿si se ha considerado que la ANCON podrá (y querrá) negociar con los potenciales infractores de derechos colectivos de los consumidores alguna forma de indemnización, compensación, corrección de cláusulas abusivas, cesaciones de conductas gravosas, multas por infracciones administrativas, buenas prácticas, etc.? Y de ser así ¿cuáles serían las etapas del procedimiento y qué mecanismos o resguardos mínimos deberían adoptar estas formas de negociación extrajudiciales?

Sirva para esto la experiencia chilena, que muestra un largo tránsito de negociaciones extrajudiciales que han evitado el inicio de un juicio colectivo que, por su propia naturaleza, se muestra como un instrumento de difícil tramitación, no obstante, sus ventajas y reglas que aseguran el debido proceso para las partes de litigantes del conflicto.

Así, el siguiente análisis comenzará con el estudio de las mediaciones colectivas, que fueron los instrumentos empleados desde el año 2004 por el Servicio, para continuar con los procedimientos voluntarios colectivos, que será la forma de negociar extrajudicialmente un conflicto regulado por la LPDC.

### III.1. Las mediaciones colectivas

Las incorrectamente llamadas “mediaciones colectivas” son un método alternativo de resolución de controversias, que no ha sido objeto de regulación alguna en la LPDC. En efecto, no existe ninguna disposición de la ley que las regule, pero han sido ratificadas un par de veces por la Contraloría General de la República (23).

Estos acuerdos extrajudiciales surgieron de las reglas generales de la litigación colectiva, empleando el argumento *a fortiori*. Junto con ello, se considera que surgen del empleo de la facultad de requerir información por parte del Sernac (*ex art. 58 letra g*), incisos 4º y 5º LPDC) y especialmente de la función general del Servicio que dice relación con el “velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el

consumidor” (art. 58 inc. 1º LPDC); regla de textura abierta que permite cualquier clase de actuación alternativa de controversias.

Para Walker y Morales se tratarían de verdaderas “negociaciones” (24). Por eso que, a juicio de Barrientos, Fuentes y Vargas no serían verdaderas “mediaciones”, porque el Servicio Nacional no actúa como un amigable compo- nedor que ayuda a las partes (consumidores y proveedor) a resolver sus controversias. En realidad, se pueden conceptualizar “...como una práctica elaborada por el Sernac, cuyo objetivo ha sido llegar a acuerdos extrajudiciales con los proveedores con la finalidad de evitar el inicio de un juicio de carácter colectivo” (25), incluso sostienen que “Las mediaciones colectivas podrían ser definidas como potestades implícitas que han sido desarrolladas por el Servicio, cuyo principal propósito es solucionar por una vía extrajudicial un conflicto que podría ventilarse en un juicio colectivo” (26).

Esta fórmula se emplea desde el año 2005 (27), logrando acuerdos rápidos, fáciles, transparentes en beneficio de los consumidores del país (28), que desjudicializan los problemas con incidencia colectiva y difusos, promoviendo el acceso a la justicia de parte de los ciudadanos.

(24) WALKER, Nathalie y MORALES, María Elisa (2018) “Mediación individual y colectiva en la Ley N° 19.496. Sin y con las modificaciones de la Ley N° 21.081” publicado en *El Mercurio Legal*, opinión, con fecha 24 de agosto de 2018, disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/08/24/Mediacion-individual-y-colectiva-en-la-Ley-N19496-Sin-y-con-las-modificaciones-de-la-Ley-N21081.aspx> [14 de febrero 2019].

(25) BARRIENTOS, Francisca; FUENTES, Claudio y VARGAS, Juan Enrique (2018), “‘Mediaciones Individuales’ y ‘Mediaciones colectivas’ que realiza el Servicio Nacional del consumidor”, en María Fernanda Vásquez [dir.] *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Santiago: Thomson Reuters, Santiago, p. 125.

(26) *Ibidem*.

(27) Sernac (2006) Se cumplen dos años de las reformas a la ley del consumidor. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-2644.html> [14 de febrero 2019].

(28) Sernac (2016) Consumidores recibieron compensaciones que superan los 3 mil millones de pesos. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-4648.html> [14 de febrero 2019].

(23) Contraloría General de la República, dictamen 71.055 de 2013 y dictamen 94.206 de 2014.

Como es posible observar, la finalidad de este método se basa en las mismas acciones judiciales que regula la ley chilena. En efecto, se ha logrado la compensación (29), indemnización a cientos de consumidores (30), la observación de ciertas cláusulas abusivas (31); el reconocimiento de ciertos hechos sancionables con multas a beneficio fiscal (32); la cesación de ciertas conductas (33), etcétera.

Se ha negociado el acceso a servicios adicionales no contratados (34), el pago mediante vales vista (35), *giftcards* (36) o cupones de descuento (37).

Como muestra de la eficacia de este método, encontramos que entre los años 2014 a 2016, el Sernac tramitó 219 mediaciones colectivas,

(29) Sernac (2018) SERNAC da por finalizada mediación colectiva con Lider por fallas en la compra desde sitio web de la empresa. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-13283.html> [14 de febrero 2019].

(30) Sernac (2019) Finaliza mediación colectiva con inmobiliaria Socovesa por incumplimiento a lo informado. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-55274.html> [16 de febrero 2019].

(31) Sernac (2019) Cinerario Temuco S.A. ajusta sus contratos a los estándares que exige la Ley del Consumidor. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-55430.html> [16 de febrero 2019].

(32) Sernac (2017) Mediación colectiva Sernac CMPC. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-5247.html> [14 de febrero 2019].

(33) Sernac (2016) SERNAC cierra favorablemente mediación colectiva con la banca por cajeros automáticos. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-4780.html> [15 de febrero 2019].

(34) Sernac (2017) Empresa VTR entrega beneficio comercial a consumidores. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-7581.html> [14 de febrero 2019].

(35) Sernac (2018) SERNAC da por finalizada mediación colectiva con Sodimac por fallas en la compra de productos online. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-13284.html> [15 de febrero 2019].

(36) Sernac (2018) Librería Antártica compensara a consumidores por la cancelación de compras online. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-9045.html> [15 de febrero 2019].

(37) Sernac (2015) El Mundo del Vino ofrece soluciones a más de 1.200 consumidores tras problema de información de precios. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-4477.html> [16 de febrero 2019].

beneficiando a más de 17.000.000 de consumidores, logrando un total de 104 mil millones de pesos (USD 152.929.099) (38) a título de indemnizaciones y compensaciones.

Para avanzar, corresponde señalar que siempre ha sido el Sernac, el organismo que ha llamado a los proveedores a iniciar una de estas negociaciones. Por eso, no se contempla la participación de las asociaciones de consumidores. Sólo se conoce de un caso en que participaron dos asociaciones; en realidad se trata del caso más importante en nuestro país conocido como la “colusión del papel *tissue*” o las “7 lucas” (39).

(38) Sernac (2018) En 4 años el SERNAC inició 240 mediaciones colectivas, 109 demandas y más de 4.500 juicios de interés general. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-9048.html> [14 de febrero 2019].

(39) Fue la negociación CMPC. Entre la empresa CMPC, Sernac, Conadecus y Odecu se celebró un acuerdo consistente en indemnizar a los consumidores afectados con un monto de USD 150.000.000. El universo de consumidores afectados se concertó en las personas mayores de edad (18 años) a la fecha en que quede ejecutoriada la conciliación judicial y que cuenten con cédula nacional de identidad (El acuerdo se encuentra disponible en la página web del Sernac, [www.sernac.cl/portal/604/w3-article-5247.html](https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-5247.html)) [14 de febrero 2019].

Este caso se relaciona con una colusión de precios, como una forma atentatoria contra la libre competencia. La colusión del papel *tissue* en Chile se gestionó por más de 10 años, fecha en la que se fijaron cuotas de participación en el mercado, 76% para CMPC y 24% para SCA. En noviembre de 2015 Conadecus demanda a las dos empresas (CMPC y SCA), para darles efecto *erga omnes* y cosa juzgada. En este juicio el Sernac se hace parte. Luego de un año de tramitación se validó judicialmente el acuerdo entre una de las empresas, CMPC, dos asociaciones de consumidores y la agencia estatal. El juicio prosigue contra la otra empresa demandada.

Entonces, después de un inconveniente judicial importante que dilató la implementación del acuerdo en más de un año, porque un grupo de consumidores indígenas debidamente representados intentó cuestionar la idoneidad del monto de dinero entregado, conforme al reconocimiento especial de los pueblos indígenas según los principios del derecho internacional público, es posible sostener que se han entregado 7 mil pesos (7 lucas del papel confort, aproximadamente 10,27 USD) a casi 11 millones de personas de toda la Nación. Para ello, tomen en consideración que conforme a los últimos registros del censo, viviríamos en Chile alrededor de 18 millones de personas. Es decir, el acuerdo extrajudicial alcanza a más de 61,11 % de las personas que se encuentran en el país. Este hecho, constituye un hito histórico, por la cantidad de personas compen-

Con la entrada en vigencia de la reforma a la ley N° 21.081 de 2018 (la última y gran reforma de protección al consumidor), las mediaciones colectivas se terminarán, porque dicha normativa contempla el nacimiento de los llamados “procedimientos voluntarios colectivos”.

Antes de referirme a la consagración judicial de estas nuevas negociaciones extrajudiciales, me gustaría enfatizar que, en Chile, sin necesidad de una regulación expresa, se ha negociado una serie de acuerdos de diversa índole, transformándolo en una de las herramientas más empleadas por el Sernac, incluso más que los juicios colectivos.

### **III.2. Los procedimientos voluntarios colectivos**

Ahora bien, a partir del 14 de marzo de 2019, entrará en vigencia párrafo IV del Título IV, que incorpora el denominado “procedimiento voluntario colectivo” (40) para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores.

En principio podría pensarse que estos procedimientos voluntarios suponen una evolución de las mediaciones colectivas. Y aunque ese fue el intento del legislador, a mi juicio con su consagración legal se transformaron en otra cosa distinta, que cuesta aún más calificar.

El legislador reformista no los define. Se establece en una parte que el procedimiento se iniciará por resolución del Servicio (art. 54 H inc. 2do. LPDC), nota que lo acercaría a una conciliación. Luego, a propósito del plazo, el art. 54 J refiere a la “negociación avanzada”; más adelante se habla de “procedimiento” (art. 54 M, N, Ñ, O LPDC) y “acuerdo” (art. 54 P LPDC), aunque se insiste en la voz “resolución”, porque se trata de un procedimiento extrajudicial de carácter administrativo. Es un “acuerdo contenido en la resolución” (art. Q LPDC). Entonces, creo que sería posible hablar de nuevo de “negociación” si se atiende a que el Sernac es el organismo encargado de la defensa pública de los consumidores.

sadas, montos entregados y eficacia del procedimiento (Información disponible en <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/54660-pago-de-compensacion-por-la-cclusion-del-papel-higienico>). [14 de febrero 2019].

(40) En adelante PVC.

El art. 54 H de LPDC reconoce que “el procedimiento a que se refiere este párrafo tiene por finalidad la obtención de una solución expedita, completa y transparente, en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores”. Esto es importante porque fija las directrices generales de estos procedimientos, a mi juicio, intentando marcar la diferencia con los juicios colectivos. Por eso, se espera que estos procedimientos colectivos sean más “expeditos” que los juicios, pero como se tratan de procedimientos administrativos también deber ser “completos” y “transparentes” para toda la ciudadanía.

Por otra parte, la LPDC quiso que sean procedimientos breves y concentrados, que deben tramitarse en un plazo máximo de 3 meses, prorrogable por una sola vez a través de resolución fundada dictada por el Sernac de oficio o a petición de parte y en la medida que exista una “negociación avanzada o por la necesidad de mayor tiempo de revisión de antecedentes o para el análisis de las propuestas formuladas” (art. 54 J LPDC).

Desde el punto de vista de sus etapas, se contemplan dos vías de apertura. “El procedimiento se iniciará por resolución del Servicio, la que será dictada de oficio, a solicitud del proveedor, o en virtud de una denuncia fundada de una asociación de consumidores, y será notificada al proveedor involucrado” (art. 54 H inc. 2do. LPDC). Esto es una curiosidad si se compara con las mediaciones colectivas, pues ahora el legislador de forma expresa consideró la participación de las Asociaciones de Consumidores. Las dudas que subsisten es que se entenderá por “denuncia fundada”, pues un Reglamento del Sernac deberá regularlo. No se contempla, al menos conforme al texto expreso, la participación de consumidores potencialmente afectados. Respecto de estos últimos, se dice que “podrán formular las observaciones que estimen pertinentes” (art. 54 N LPDC). Pero, en todo caso, sí podrán “sugerir ajustes a la solución ofrecida por el proveedor” (art. 54 N LPDC).

Luego, viene la etapa de negociación propiamente tal. No hay reglas sobre ellas, sólo las que dicen relación con algunos principios de transparencia y relación con los demás futuros demandantes.



Por eso, tomando en consideración lo sucedido en el caso Aguas Andinas(41), quizás se reguló que “El Servicio no podrá iniciar este procedimiento una vez que se hayan ejercido acciones colectivas respecto de los mismos hechos y mientras éstas se encuentren pendientes. Asimismo, una vez iniciado el procedimiento, ni el Servicio ni quienes se encuentren legitimados para ello de conformidad a esta ley podrán ejercer acciones para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores respecto de los mismos hechos mientras el procedimiento se encuentre en tramitación”. En el fondo se intenta no desperdiciar recursos públicos y generar un intento de legitimación de social de estos procedimientos, ya que en rigor no habría *litis pendencia*.

Es importante destacar que este procedimiento es de carácter voluntario. Esto, se reconoce de manera expresa en el art. 54 H inciso tercero, desde el momento en que el Sernac deberá informar al proveedor en la resolución que da inicio al procedimiento, el carácter voluntario del mismo, entre otros requisitos. Una vez notificado el proveedor, éste dispondrá de 5 días para manifestar su voluntad de participar del PVC.

Por último, la ley ha contemplado que el proceso finalizará, cuando hay acuerdo, con una resolución de cierre que debe contener una serie de menciones:

---

(41) La empresa fue llamada a una “mediación colectiva”, por los cortes de aguas ocurridos en Santiago el año 2013. Así la proveedora ofreció “compensar” más de \$ 2.500 millones (3.667 USD), a favor de 821.860 familias (cada familia se consideró como un consumidor) <http://www.sernac.cl/tras-mediacion-del-sernac-aguas-andinas-compensara-con-mas-de-2-500-millones-de-pesos-tras-cortes-ma/> [14 de febrero 2019]. Pero Conadecus advirtió la exclusión a ciertos grupos de consumidores. Por eso, interpuso una demanda indemnizatoria en defensa de 1.300 clientes por el interés colectivo y 4.000.000 usuarios de las familias, junto con todas las pymes, porque el Sernac no está habilitado para defender a las pymes. La Asociación y el proveedor llegaron a un acuerdo conciliatorio aprobado judicialmente por el 19º Juzgado Civil de Santiago, con fecha 14 de junio de 2016 (Rol 10.340- 2013), en que el demandado se obligó a pagar la suma de \$170 millones (250.000 USD) para Conadecus y \$2.580.503.928 para los consumidores afectados.

“1. El cese de la conducta que pudiere haber afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.

“2. El cálculo de las devoluciones, compensaciones o indemnizaciones respectivas por cada uno de los consumidores afectados, cuando proceda.

“3. Una solución que sea proporcional al daño causado, que alcance a todos los consumidores afectados y que esté basada en elementos objetivos.

“4. La forma en la que se harán efectivos los términos del acuerdo y el procedimiento por el cual el proveedor efectuará las devoluciones, compensará o indemnizará a los consumidores afectados.

“5. Los procedimientos a través de los cuales se cautelará el cumplimiento del acuerdo, a costa del proveedor” (art. 54 P LPDC).

Y para que el acuerdo contenido en la resolución dictada por el Servicio produzca efecto *erga omnes*, deberá ser aprobado por el juez de letras en lo civil correspondiente al domicilio del proveedor, según da cuenta el art. 54 Q LPDC.

#### IV. Reflexiones y conclusiones

Para finalizar estos comentarios y observaciones corresponde decir que la regla que norma el consentimiento inequívoco de los consumidores podría añadir una regulación sobre la aceptación expresa; y especialmente, que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo.

Y, en segundo término, se propone considerar la experiencia chilena en materia de mediaciones colectivas, con el objeto de promover mecanismos alternativos de resolución de controversias de los intereses individuales homogéneos, colectivos y difusos, más allá de la transacción en el contexto judicial. Respecto de las etapas y requisitos se podría mirar la nueva regulación de la LPDC, en materia de procedimientos voluntarios colectivos, que contempla disposiciones sobre la determinación de los sujetos, los perjuicios, la ausencia de infracciones, mecanismos de entrega, notificaciones y formas de cumplimiento.

Por último, sin que haya explorado con profundidad estos temas, se sugiere regular las comisiones, en lo que dice relación con las descripciones de los valores que se cobrarán, su distinción con los intereses y su estable-

cimiento de forma transparente. Junto con ello, se propone establecer una sanción expresa al incumplimiento del deber de asesoría y consejo que deben prestar los proveedores, si es que el consumidor se sobreendeuda.

# El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentina: aportes desde una mirada uruguaya

---

ARTURO CAUMONT (\*), SANTIAGO MIRANDE (\*\*), JUAN JOSÉ MARTÍNEZ MERCADAL (\*\*\*)  
Y MARTÍN RODRÍGUEZ PELLE (\*\*\*\*)

## I. El valor de las normas jurídicas centrales de anticipación y el de su sistematización

Desde una perspectiva metodológica y una consecuencial mirada crítica sobre aspectos sustantivos corresponde advertir que un territorio complejo como el referido al consumo (tanto como fenómeno social en general y económico en particular cuanto como fenómeno sometido a valores, principios, reglas y normas) solo puede ser organizado y regulado mediante

dispositivos de técnica legislativa que se subordinen sin ambages a los imperativos de la sistematización.

En efecto, no parece desmesurado afirmar que, en tiempos en que la complejidad de los vínculos interindividuales e intersubjetivos se incrementa de manera exponencial distanciándose de los imprescindibles niveles de serenidad intelectual para ejercer sobre la realidad muy eficiente señorío de regencia en aras de preservar calidad de vida, la severa propensión por la que transita la legislación de la denominada pos modernidad es a la producción de actos legislativos, recostados en el probadamente inconducente casuismo tendiente a la resolución de situaciones concretas sin la debida internalización de las categorías abstractas que componen la esencia última de los problemas que la vida real le presenta al Derecho como ciencia y desde las cuales —y solo desde ellas— será posible resolver a cabalidad aquellos problemas.

La sistematización es la herramienta intelectual por la que se garantiza el mejor y más eficiente resultado razonablemente posible para discernir las cuestiones que de manera infinita y diferenciada son susceptible de acaecer en las sociedades contemporáneas dentro de cuyos intramuros ya casi inexisten situaciones lineales porque ya no son lineales ni las necesidades ni los intereses de los individuos ni los de los grupos que ellos puedan actual, o eventualmente, componer.

---

(\*) Profesor Titular de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Director Académico de las carreras Maestría en Derecho orientación Derecho de Daños y Especialización en Derecho de Daños, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Co-Director de la Revista Crítica de Derecho Privado. Co-Fundador del Núcleo de Derecho Civil, Grupo de investigación de la Universidad de la República.

(\*\*) Profesor Asistente de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Integrante del Núcleo de Derecho Civil, Grupo de investigación de la Universidad de la República.

(\*\*\*) Profesor Asistente de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Magíster en Derecho orientación Derecho de Daños y Especialista en Derecho de Daños, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Integrante del Núcleo de Derecho Civil, Grupo de investigación de la Universidad de la República.

(\*\*\*\*) Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Integrante del Núcleo de Derecho Civil, Grupo de investigación de la Universidad de la República.

La sistematización en general —como manera de organizar el pensamiento— y la sistematización legislativa en particular —como manera de organizar racionalmente un plexo regulatorio de conductas atributivo de derechos y obligaciones— resultan por consiguiente insoslayables utensilios desde cuya condición no casuista y con rigurosa propensión a la abstracción que asegura cubrir la totalidad de vicisitudes probables a considerar y discernir, será posible a los operadores jurídicos precisamente comprender los problemas que la realidad planteó y solucionarlos con aplicación de las normas y reglas de incumbencia y que la impronta de los valores y principios que en ellas se consagran. La ausencia de sistematización —en cualquier ámbito, pero en especial en el terreno legislativo— determina la ausencia de rigor técnico y por consiguiente de solidez, consistencia y sustentabilidad. Es por ello que la sistematización resulta pilar fundamental para proveer garantías a quienes se encuentran en situaciones en las que se deben aplicar las normas previamente dictadas y organizadas en término de coherencia y cohesión tanto en estructura como en función. Y todo resultado garantista en salvaguarda de los individuos en general, y sobremanera de los vulnerables en especial, constituye un imprescindible pilar de civilidad que enaltece a la comunidad en la cual rige a cabalidad una organizada disposición reguladora de la convivencia de sus habitantes.

A la faena de sistematización y a su valor intrínseco en sede de organización legislativa debe necesariamente adosársele otro valor consecutivo de suma transcendencia también en el sensible territorio de los empeños protectores destinados a enervar los efectos disvaliosos de las asimetrías reales que existen entre los individuos convirtiendo a tantos en vulnerables e hipervulnerables y así como a proveer a todos seguridad jurídicas y credibilidad en el ordenamiento por el que se regula la conducta comportada por las personas en sociedad.

Ese otro valor de trascendencia lo constituye la existencia —a partir de plexos normativos centrales en general y microsistemas como los configurados por leyes como las de relaciones de consumo en particular— de reglas, normas, principios y valores consagrados por anticipación y en términos como los apuntados *ut supra*,

vale decir, a nivel sistematizado, congruente, ordenado racionalmente en esta dirección de análisis, los plexos microsistémicos que consagran por anticipado valores, principios, reglas y normas autosustentables, poseen sobresaliente valía en cuanto a organizar civilizadamente la comunidad, dotando a sus individuos de las garantías de respeto a su dignidad como personas intervincladas en el desarrollo de su vida de relación conociendo de antemano cuales son los imperativos de conducta a los que deben ceñir su comportamiento y cuales, como correlato, son los que deben cumplir a su respecto aquellos con los que comparte vida en dicha comunidad.

El derecho en general y el derecho de las relaciones de consumo como rama jurídica de creciente importancia ¿contemporánea? por las especiales características de la sociedad de riesgo que prevalece sin ambages, pierden consistencia formal y sustantiva cuando se les expresa de manera asistemática en plexos creados *ex post facto* del acaecimiento de los hechos que deben ser objeto de regulación con impronta casuística de probada insuficiencia para sobre ella exigir una comunidad organizada en Estado.

La existencia de cuerpos reglados que poseen cualidad microsistémica —con la autonomía de la que carecen los subsistemas— y que preordenan su estructura —y que por consiguiente su función— a la provisión anticipada de imperativos de conducta y atribución de derechos, son el *desideratum* y el paradigma jurídico del cual no deben los juristas apartarse.

El anteproyecto de ley de relaciones de consumo elaborado en la República Argentina cumple con alcanzar los paradigmas de sistematización normativa apoyada en valores, principios y reglas compatibles con los dictados técnicos dimanados del derecho de consumo comparado, más allá de la compatibilidad o no que los ius pensadores argentinos especialistas en esa rama jurídica puedan, actual o eventualmente, expresar respecto de las soluciones que las disposiciones particulares consagren. El dato empírico configurado por tratarse el anteproyecto de un empeño reformista del plexo normativo originario y sus vicisitudes por todos conocidas resulta ser, en el sensible territorio de las faenas legislativas, un extremo a su favor porque las

experiencias legales anteriores significan camino andado en el difícil territorio del ensayo y el error.

También cumple el Anteproyecto bajo análisis con el paradigma jurídico por el que se valora la objetiva anticipación de las reglas centrales de juego en sede de consumo para que todos quienes participan en ese segmento de vida, cuya importancia social y económica no debe ser objeto de soslayo, tengan ante sí las normas sobre las que deberán ajustar sus conductas y no depender del inconducente casuismo decisor que siempre sobreviene *ex post* ante la inexistencia de plexos sistémicos y que con manifiesta habitualidad se erige en criterios de justicia del caso tan subjetivos y relativos como los que en contrario puedan sostenerse.

## **II. Protección contractual del consumidor desde y hacia la sistematización de normas jurídicas de anticipación**

El título II del Anteproyecto regula la “Protección contractual del consumidor”, procurando la armonización de la normativa propuesta con el novel Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y el consiguiente diálogo de fuentes consagrado a texto expreso como nuevo paradigma de la codificación en el Derecho Privado argentino. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, con una consagrada identidad cultural latinoamericana, avanza significativamente en la protección del consumidor, a quien emplaza como una categoría con un “Título especial” (IV) entre la “teoría general del contrato” y “los contratos en particular” en el mencionado cuerpo codificado(1). El Anteproyecto tiene así una inmejorable posición para su presentación en la realidad jurídica argentina con el nuevo marco sistémico creado por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y la regulación del consumidor y sus relaciones de consumo. Realidad que no se condice con la que rige en Uruguay, en donde la Ley de Defensa del Consumidor (Nro. 17.250, de 11/8/2000), que desembarca en el espectro de derecho positivo en el año 2000, se presenta como un microsistema de protección que debe procurar su armonización tanto con el Código

Civil decimonónico vigente, como también con las estructuras y ritualidades procesales vigentes. Procuraremos en este capítulo, analizar la protección contractual que recoge el Anteproyecto, a la luz de la normativa, doctrina y jurisprudencia uruguaya vigente.

El microsistema del Derecho de consumo uruguayo (o subsistema, según el grado de relacionamiento con el sistema de la codificación que se entienda), no cuenta con una metodología similar a la que presenta el Anteproyecto, y las normas vinculadas a la protección contractual del consumidor se encuentran reguladas en capítulos puntuales sin existir una regulación teórica centralizada ni menos aún ingresa en el análisis de ejes transversales como sí lo hace el proyecto (contratos conexos, préstamos de consumo y sobreendeudamiento, entre otros). Sin perjuicio de ello, la normativa procura una adecuada protección del consumidor que, como toda normativa en tiempos de una rápida evolución de la sociedad, es mejorable. Seguramente el Anteproyecto argentino será fuente de inspiración, y por qué no de interpretación e integración, del Derecho positivo uruguayo.

### ***II.1. Las disposiciones generales de la protección contractual del Anteproyecto desde la perspectiva de la Ley Uruguaya de Defensa del Consumidor***

El Anteproyecto, procura “precisar el alcance del principio de obligatoriedad del contrato de consumo, y en consecuencia las facultades de revisión judicial” (art. 25). La particularidad de la regla, frente a la clásica regla contractual de la fuerza vinculante del contrato, radica en la referencia expresa del sometimiento del contrato al orden público, la moral y las buenas costumbres, consagrando así un principio de vinculación no solo al espectro contractual sino también al derivado de la juridicidad material, lo que se condice con la protección que procura el sistema. Junto a ello, se consagra como principio general la facultad del poder judicial de “morigerar o revisar” las estipulaciones cuando la ley lo autorice, o de oficio cuando se afecte el orden público.

No existe en Uruguay una norma de carácter general del intervencionismo judicial en materia contractual en el Derecho del Consumo. La

(1) Fundamentos del Anteproyecto argentino de Ley de Defensa del Consumidor.

intervención únicamente está consagrada para los contratos de adhesión, y como consecuencia de la configuración de un supuesto de cláusulas abusivas. De esta forma el subsistema de derecho del consumo permite al juez declarar la nulidad de una cláusula, algo no conocido por el derecho uruguayo de la codificación, e integrarla con reglas supletorias, consagrando un principio de interpretación contra el estipulante (que surge de una interpretación sistémica).

Resulta significativo que no existía en el derecho positivo uruguayo la categoría contractual contrato de adhesión, la que es incorporada al sistema por el art. 28 de la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250 sobre la base de dos supuestos: a) “aquél cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios”; y b) “sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar sustancialmente su contenido”.

Según el art. 30 de la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250 es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe. Sobre esas cláusulas es posible que el consumidor solicite la declaración de nulidad. Así, el inciso final del art. 31 de la ley expresa: “la inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el Juez integrará el contrato. Si, hecho esto, el Juez apreciara que con el contenido integrado del contrato éste carecería de causa, podrá declarar la nulidad del mismo” (véase el art. 47 del Anteproyecto argentino).

El control judicial es restringido, con claras limitaciones, discutiéndose en doctrina y jurisprudencia, si puede el Juez de oficio actuar ante la presencia de eventuales cláusulas abusivas ante el tenor del inciso final del art. 31 que indica que el control judicial es a su iniciativa (“La inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el Juez integrará el contrato”).

Lo cierto es que la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250 se apega a la tradición liberal de la codificación y de hegemonía de la

autonomía privada, como principio general. El control judicial es solo respecto de la normatividad creada en el contrato y no de la ecuación económica; prohibiendo al Juez ingresar al análisis de las prestaciones principales, precio, por un lado, y producto y servicio por otro; salvo que dichas cláusulas no sean redactadas de manera clara y comprensible.

La Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250 como subsistema tuitivo, con las normas mencionadas (arts. 30 y 31)(2) restringe

(2) Ley uruguaya de Defensa del Consumidor Nro. 17.250, de 11/08/2000: “Artículo 30: Es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

“Artículo 31: Son consideradas cláusulas abusivas sin perjuicio de otras, las siguientes:

“A) Las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos o servicios, salvo que una norma de derecho lo habilite o por cualquier otra causa justificada.

“B) Las cláusulas que impliquen renuncia de los derechos del consumidor.

“C) Las cláusulas que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato.

“D) La cláusula resolutoria pactada exclusivamente en favor del proveedor. La inclusión de la misma deja a salvo la opción por el cumplimiento del contrato.

“E) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la carga de la prueba en perjuicio del consumidor cuando legalmente no corresponda.

“F) Las cláusulas que impongan representantes al consumidor.

“G) Las cláusulas que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente de cargo del proveedor.

“H) Las cláusulas que establezcan que el silencio del consumidor se tendrá por aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato.

“I) Las cláusulas que establezcan la renovación automática del contrato sin que habilite al consumidor desvincularse del mismo sin responsabilidad.

“El consumidor podrá, dentro de los sesenta días corridos contados desde la fecha en que se produjo la renovación automática, rescindir o resolver el contrato, debiendo comunicarlo al proveedor con un preaviso de quince días corridos.

“La inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en

la protección del consumidor al consagrar un programa de protección limitado y mantener incólume el respeto a la autonomía de la voluntad (art. 1260 Cód. Civil) y al principio de que al codificador no le interesó consagrar la lesión como vicio del consentimiento (art. 1277 Cód. Civil). Téngase presente por el lector la opinión del codificador de 1867 que dio prioridad a la palabra empeñada (3). Una revisión de dichos postulados se impone en el Derecho positivo uruguayo.

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia ha oscilado entre la aceptación de la intervención de oficio o su negación y el requerimiento del consumidor.

En cuanto a los mecanismos de integración normativa previsto en el art. 36 y principios generales de integración del contrato del art. 37 del anteproyecto argentino, la ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250 no cuenta con una normativa de alcance general como lo hace el Anteproyecto, lo que no excluye que toda interpretación del contrato e integración del mismo sea sobre la base de los principios y derechos de protección que recoge la normativa. La Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250 no prevé a texto expreso una interpretación contra estipulante, no obstante, lo cual es pacíficamente admitida. Indirectamente en sede de regulación de la oferta se establece

tal caso el Juez integrará el contrato. Si, hecho esto, el Juez apreciara que con el contenido integrado del contrato éste carecería de causa, podrá declarar la nulidad del mismo”.

(3) Señala el informe de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de Uruguay de 1867 que: “El derecho vigente admite como el romano, la rescisión en los contratos por causa de lesión enorme o enormísima, y éste es otro de los puntos que la Comisión, de acuerdo con el autor del proyecto, ha creído digno de reforma. Es de interés público que las convenciones lícitas sean siempre eficaces, no sólo por el respeto que merecen la promesa hecha y la palabra empeñada, sino también porque la seguridad del dominio contribuye, en gran manera, al desenvolvimiento de la riqueza y a la mejora de la condición material de la sociedad. El hombre debe contratar con prudencia, y si no lo hace y se perjudica, la ley no debe prestarle auxilio, como no haya mediado delito o cuasi delito de parte del otro contrayente, o algún otro vicio radical en el contrato. Dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores o nuestras imprudencias”.

que cuando se dieran dos o más informaciones contradictorias, prevalecerá la más favorable al consumidor (art. 13, inc. 2º).

La ley ha sido declarada de orden público (art. 1º) con remisión al Código Civil en todo lo no regulado; pero sin perjuicio de su complejidad y falta de sistematización, no hay duda alguna que lo que interesa destacar del sistema del consumidor uruguayo es, desde de la interpretación e integración, la relevancia asignada a la obligación de información como eje copernicano de la restauración de la asimetría perdida, y con ello la protección frente a los abusos de la publicación engañosa y de las cláusulas abusivas según ya expusiéramos, procurando que el consentimiento del consumidor sea uno verdaderamente informado y reflexivo, y desde un punto de vista extracontractual la protección de la vida e integridad psicofísica frente a productos o servicios defectuosos. Junto a ellos, la necesidad de que el derecho del consumo sea también un derecho prudente que tutele la prevención y la precaución del daño (4).

En el subsistema de Derecho del Consumidor uruguayo no hay duda alguna de que el consentimiento debe ser informado, consagrándose un deber general de informar antes, durante y después del contrato (etapa precontractual, de perfeccionamiento y de ejecución). La información figura como un derecho esencial (5). La información y el principio de transparencia (art. 30 ya señalado) colocan al consumidor al resguardo de ofertas no transparentes, ni claras ni de fácil comprensión. Y a la manifestación inequívoca del consumidor, como principio rector de la ley de relaciones de consumo uruguaya, en la misma sintonía del art. 38 del Anteproyecto, debemos agregarle que el consentimiento debe ser meditado, reflexivo e inequívoco en supuestos de venta fuera del local

(4) MARTÍNEZ MERCADAL, J. J., “La prudencia del derecho de daños: de la prevención a la precaución”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 13-2017.

(5) Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, de 11/08/2000: “Artículo 6: Son derechos básicos de consumidores: ... c) La información suficiente, clara, veraz, en idioma español sin perjuicio que puedan emplearse además otros idiomas.”

comercial o distancia, confiriéndole el derecho de arrepentirse y poner fin al contrato (6).

(6) Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, de 11/8/2000: "Artículo 16: La oferta de productos o servicios que se realice fuera del local empresarial, por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar da derecho al consumidor que la aceptó a rescindir o resolver, "ipso-jure" el contrato. El consumidor podrá ejercer tal derecho dentro de los cinco días hábiles contados desde la formalización del contrato o de la entrega del producto, a su sola opción, sin responsabilidad alguna de su parte. La opción por la rescisión o resolución deberá ser comunicada al proveedor por cualquier medio fehaciente.

"Cuando la oferta de servicios se realice en locales acondicionados con la finalidad de ofertar, el consumidor podrá rescindir o resolver el contrato en los términos dispuestos en el inciso primero del presente artículo.

"Si el consumidor ejerciere el derecho a resolver o rescindir el contrato deberá proceder a la devolución del producto al proveedor, sin uso, en el mismo estado en que fue recibido, salvo lo concerniente a la comprobación del mismo. Por su parte, el proveedor deberá restituir inmediatamente al consumidor todo lo que éste hubiere pagado. La demora en la restitución de los importes pagados por el consumidor, dará lugar a que éste exija la actualización de las sumas a restituir. Cada parte deberá hacerse cargo de los costos de la restitución de la prestación recibida. En los casos en los que el consumidor rescinda o resuelva el contrato de conformidad a las previsiones precedentes, quedarán sin efecto las formas de pago diferido de las prestaciones emergentes de dicho contrato que éste hubiera instrumentado a través de tarjetas de crédito o similares.

"Bastará a tal efecto que el consumidor comunique a las emisoras de las referidas tarjetas su ejercicio de la opción de resolución o rescisión del contrato.

"En el caso de servicios parcialmente prestados, el consumidor pagará solamente aquella parte que haya sido ejecutada y si el servicio fue pagado anticipadamente, el proveedor devolverá inmediatamente el monto correspondiente a la parte no ejecutada. La demora en la restitución de los importes pagados por el consumidor, dará lugar a que éste exija la actualización de las sumas a restituir. Se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en el párrafo final del inciso anterior del presente artículo.

"En todos los casos el proveedor deberá informar el domicilio de su establecimiento o el suyo propio siendo insuficiente indicar solamente el casillero postal o similar.

"El proveedor deberá informar por escrito al consumidor en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, el derecho de rescindir o resolver el contrato consagrado en el presente artículo.

"Si el proveedor no hubiera cumplido con el deber de información y documentación antes referido, el consumidor podrá ejercer el derecho de rescisión o resolución en cualquier momento, cumpliendo con las condiciones que establece el inciso tercero del presente artículo".

La obligación de informar se extiende a todas las etapas de la relación de consumo, y aún más allá en lo que se ha dado a conocer como el "posconsumo". En la ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, el art. 11 señala que, si el proveedor toma conocimiento de la nocividad o peligrosidad del producto o servicio luego de su introducción en el mercado, deberá comunicarlo inmediatamente a las autoridades competentes y a los consumidores. Un deber de información sobre riesgos que perdura después de la relación de consumo (7).

Finalmente, respecto a la formalización contemplada en el art. 39 del Anteproyecto, nuestra ley no prescribe una forma concreta, despojándose de cualquier solemnidad y permitiendo que todo elemento que forma parte de la oferta, incluida la publicidad, integrará el contrato. Sin ingresar en un detalle pormenorizado como lo hace el art. 39 del Anteproyecto, la ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250 recoge como derecho del consumidor que la información sea suficiente, clara, veraz, en idioma español, sin perjuicio que puedan emplearse además otros idiomas.

## ***II.2. Aportes sobre la protección ante-contratual. La oferta y la publicidad***

El anteproyecto, en sus arts. 40 y 41 consagran el derecho a la protección de los intereses económicos, seguridad, trato equitativo y digno y a la información en la etapa precontractual, y en caso de incumplimiento, el consumidor podrá demandar la nulidad del contrato o de la cláusula contractual. La protección de la etapa precontractual se inscribe en la línea que han seguido el Derecho Europeo de los Contratos (regla 2.201), los principios de Unidrot (regla 2.1.1) y el Derecho Brasileiro (art. 30 del Código de Defensa del Consumidor).

En la normativa consumerista uruguaya, sin perjuicio de los principios y reglas generales vinculados a la información, la transparencia, la protección de la vida e integridad psicofísica del consumidor (véase art. 6° de la ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250), también hay una marcada protección en la etapa ante-

(7) A lo cual se hará referencia en el apartado III *infra* en cuanto al denominado riesgo de desarrollo.



rior al contrato con la misma intensidad que los estadios posteriores de perfeccionamiento y ejecución, y de los daños derivados de productos y servicios defectuosos. Podríamos desde ya señalar la regla prevista en el art. 32, bajo el *nomen iuris* de “incumplimiento” en donde se sientan las bases de la protección precontractual que ahora nos convoca. En ella se impone la obligación del proveedor de actuar de buena fe y cumplir con su deber de informar, so pena de permitirle al consumidor reclamar la resolución del contrato o su cumplimiento y en todos los casos con los daños y perjuicios correspondientes (8).

Pero la protección precontractual, también la encontramos en: a) la protección contra la publicidad engañosa, prohibiendo la misma, aun antes del contrato (art. 24) (9); b) toda la información previa proporcionada por publicidad y técnicas de marketing, formará parte del contrato (integrándolo) aun en contra la voluntad del proveedor predisponente como autor de la oferta publicitaria (arts. 14 y 15) (10); c) todo lo cual es coherente con el

(8) Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, de 11/8/2000: “Artículo 32: La violación por parte del proveedor de la obligación de actuar de buena fe o la transgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato, en todos los casos más los daños y perjuicios que correspondan”.

(9) Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, de 11/8/2000: “Artículo 24: Toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de forma tal que el consumidor la identifique como tal.

“Queda prohibida cualquier publicidad engañosa.

“Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios”.

(10) Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, de 11/08/2000: “Artículo 14: Toda información, aun la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al oferente que ordenó su difusión y a todo aquel que la utilice, e integra el contrato que se celebre con el consumidor”.

Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, de 11/8/2000: “Artículo 15: El proveedor deberá informar, en todas las ofertas, y previamente a la formalización del contrato respectivo:

carácter vinculante que se le asigna a la oferta (art. 12); d) se condena las prácticas abusivas en la oferta como etapa precontractual (art. 22) (11); y finalmente se consagra como derecho básico del consumidor, la educación para el consumo libre e igualitario (“educación y divulgación sobre el consumo sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, la libertad de elegir y el tratamiento igualitario cuando contrate”, art. 6º lit. B) en consonancia con otros dispositivos protectorios antecontractuales de

“A) El precio, incluidos los impuestos.

“B) En las ofertas de crédito o de financiación de productos o servicios, el precio de contado efectivo según corresponda, el monto del crédito otorgado o el total financiado en su caso, y la cantidad de pagos y su periodicidad. Las empresas de intermediación financiera, administradoras de créditos o similares, también deberán informar la tasa de interés efectiva anual.

“C) Las formas de actualización de la prestación, los intereses y todo otro adicional por mora, los gastos extras adicionales, si los hubiere, y el lugar de pago.

“El precio difundido en los mensajes publicitarios deberá indicarse según lo establecido en el presente artículo. La información consignada se brindará conforme a lo que establezca la reglamentación”.

(11) Ley uruguaya de Defensa del Consumidor Nro. 17.250, de 11/8/2000: “Artículo 22: Son consideradas prácticas abusivas, entre otras:

“A) Negar la provisión de productos o servicios al consumidor, mientras exista disponibilidad de lo ofrecido según los usos y costumbres y la posibilidad de cumplir el servicio, excepto cuando se haya limitado la oferta y lo haya informado previamente al consumidor, sin perjuicio de la revocación que deberá ser difundida por los mismos medios empleados para hacerla conocer.

“B) Hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos.

“C) Fijar el plazo, o los plazos para el cumplimiento de las obligaciones de manera manifiestamente desproporcionada en perjuicio del consumidor.

“D) Enviar o entregar al consumidor, cualquier producto o proveer cualquier servicio, que no haya sido previamente solicitado. Los servicios prestados o los productos remitidos o entregados al consumidor, en esta hipótesis, no conllevan obligación de pago ni de devolución, equiparándose por lo tanto a las muestras gratis. Se aplicará en lo que corresponda, lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 16 de la presente ley.

“E) Hacer aparecer al consumidor como proponente de la adquisición de bienes o servicios, cuando ello no corresponda.

“F) Condicionar el suministro de productos o servicios al suministro de otro producto o servicio, así como a límites cuantitativos, sin justa causa”

ejemplar construcción teórica planteados por la doctrina argentina (12).

### ***II.3. Sobre la responsabilidad contractual en el Anteproyecto desde la perspectiva de la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor***

En sede de incumplimiento, el art. 50 del Anteproyecto regula los remedios derivados de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, surgida de situaciones ante-contractuales, la oferta, la publicidad o el contrato, salvo el caso fortuito o fuerza mayor.

El sistema uruguayo prevé una serie de remedios ante el incumplimiento del proveedor que podríamos clasificar en los siguientes:

a) Incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe por parte del proveedor y de informar a consumidores y usuarios. Señala al respecto A. Mariño que: “El artículo 32 de la Ley 17.250 (13) de Defensa del Consumidor, establece en forma expresa la obligación de actuar de buena fe por parte del proveedor y la obligación de éste de informar a consumidores y usuarios durante todo el desarrollo de la relación de consumo (...)” (14). La mencionada norma faculta al consumidor da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato, en todos los casos más los daños y perjuicios que correspondan.

(12) Sozzo, G., *Antes del Contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005; NICOLAU, N., “La responsabilidad precontractual en la relación de consumo”, en PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA (dirs.), *La Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

(13) Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, de 11/08/2000: “Artículo 32. La violación por parte del proveedor de la obligación de actuar de buena fe o la transgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato, en todos los casos más los daños y perjuicios que correspondan”.

(14) MARIÑO LÓPEZ, A. (Dir), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - Derecho de Daños*, t. I, La Ley Uruguay, Montevideo, 2018, p. 1219.

Es posible advertir la relevancia que la ley de relaciones de consumo uruguaya otorga a derecho y al deber de información al punto de convertirlo en una obligación principal que distingue al subsistema del derecho de consumo del sistema del Código Civil. La norma mencionada “contiene una regulación específica de la obligación de actuar de buena fe y de la obligación de informar a cargo del proveedor frente al consumidor adquirente del producto o servicio, diferente a la prevista en el sistema jurídico general, en especial a la establecida en el Código Civil. En este último, no existe una norma que disponga la obligación de actuar de buena fe en el período contractual, sino que ella surge de una inferencia inductiva a partir de un conjunto de disposiciones que la prevén para supuestos particulares de diferentes contratos (...)” (15).

Dos aspectos del Anteproyecto convocan nuestra atención.

Por un lado, el art. 9º en donde se regulan casos de denegación del acceso a la información, de interpretación restrictiva, y que refieren a supuestos en donde se procura la protección de la vida, seguridad e integridad humana, seguridad nacional, protección del ambiente, prevención delictual o secretos legales por encima de la protección del consumidor. Excepciones restrictivas, que no generarían un incumplimiento contractual calificable respecto de omisiones o deficiencias en la obligación de informar, que, al no generar un incumplimiento antijurídico e injustificado, no darían lugar a las acciones del art. 50 del Anteproyecto. Por otro lado, despierta nuestra atención, en tiempos en donde existe un exceso de información (derivado del mayor y más fácil acceso a la misma por el desarrollo tecnológico) que el proyecto contemple una realidad tangible como la derivada del abuso del deber de informar: la sobreinformación.

Según el art. 15 del Anteproyecto, se considera tal al exceso de información o de suma complejidad, sin las debidas aclaraciones para que sea asequible o que impida una adecuada comprensión y sea relevante en función del bien o servicio. Nuestro sistema no consagra a texto expreso dicha situación, pero es posible

(15) MARIÑO LÓPEZ, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario...*, cit., p. 1220.

inferirla del derecho del consumidor a una información “...suficiente, clara, veraz, en idioma español sin perjuicio que puedan emplearse además otros idiomas” (art. 6° de la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250).

En tal sentido señala S. Mirande la inevitable “disociación cada vez mayor entre la información que brinda el proveedor y la comprensión por parte del consumidor. Ya no se cree en un sistema basado en el prototipo de un consumidor informado y supuestamente racional. Por el contrario se advierte la vulnerabilidad del consumidor y su exposición a la abundancia de información, la omnipresencia de publicidad, el avance desenfrenado del desarrollo tecnología y el vertiginoso desenvolvimiento del mercado y de la vida en general (...) En definitiva comienzan a cuestionarse las dos herramientas utilizadas por el Derecho de daños moderno para evitar la concreción de un riesgo conocido: la prevención y la información” (16). Ámbito en el cual irrumpe el principio precautorio según el autor.

Los remedios previstos son tres: a) resolución del contrato; b) cumplimiento específico y c) la reparación, y en todos los casos con más los daños y perjuicios que correspondan. Los dos primeros son remedios clásicos del derecho privado, en tanto que la reparación puede referir a dos supuestos distintos: al indemnizatorio o al cumplimiento defectuoso o inexacto. La doctrina opta por considerar que la reparación refiere a éste último supuesto, en cuanto la norma prevé la pretensión indemnizatoria en los tres supuestos nombrados en primer término. Señala en tal sentido A. Mariño: “Puede referir al remedio indemnizatorio autónomo que se presenta en los supuestos que el cumplimiento no sea posible o siendo posible, no satisfaga el interés del acreedor. También puede aludir a la pretensión de reparación del producto o servicio defectuoso en los supuestos de incumplimiento defectuoso o inexacto” (17). Una interpreta-

ción contextual y sistemática, según el autor, le otorga este significado.

b) Un segundo bloque de incumplimiento, refiere, como lo hace el Anteproyecto, al incumplimiento genérico de las obligaciones del proveedor. El art. 33 de la ley uruguaya (18) regula el supuesto confiriendo acciones al consumidor.

Los remedios son iguales al previsto en el Anteproyecto, salvo en cuanto este deja en claro el ejercicio opcional del régimen de garantías. Entendemos, según se analizará seguidamente, a pesar de no mencionarlo en sede de incumplimiento, la opción por la garantía es posible también en el sistema uruguayo.

Estamos en presencia de un incumplimiento objetivo en donde no es necesario la previa interpelación en mora al proveedor. Ambas soluciones, la del Anteproyecto y la ley uruguaya son claras en cuanto a no exigir la previa constitución en mora, como si lo requiere el sistema del Código Civil uruguayo en sede de responsabilidad contractual.

El consumidor puede optar libremente y reclamar asimismo los daños y perjuicios. Conforme señala A. Mariño: “El consumidor puede optar libremente por cualquiera de los remedios previstos por la referida disposición normativa, en la cual se prevén la pretensión de cumplimiento específico, la pretensión de indemnización autónoma, la pretensión de sustitución (de la cual se puede inferir la pretensión de reparación), la pretensión de resolución del contrato y las pretensiones indemnizatorias por daños moratorios o compensatorios que puede acompañar a los diferentes remedios. A dichos

(18) Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, de 11/08/2000: “Artículo 33: El incumplimiento del proveedor, de cualquier obligación a su cargo, salvo que mediare causa extraña no imputable, faculta al consumidor, a su libre elección, a:

A) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación siempre que ello fuera posible.

“B) Aceptar otro producto o servicio o la reparación por equivalente.

“C) Resolver el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, monetariamente actualizado o rescindir el mismo, según corresponda.

“En cualquiera de las opciones el consumidor tendrá derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios compensatorios o moratorios, según corresponda”.

(16) MIRANDE, S., “Precaver el desarrollo de lo desconocido”. Riesgo de desarrollo, información y precaución en el Derecho uruguayo”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, Nro. 6-2009, ps. 627-628.

(17) MARIÑO LÓPEZ, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario...*, cit., p. 1221.

remedios se le debe sumar la pretensión de reducción de la contraprestación, que si bien no se encuentra en la disposición contenida en el artículo 33 de la ley..., se encuentra en la regulación general de la responsabilidad contractual y es aplicable en supuestos de incumplimiento de obligaciones a cargo del proveedor frente al consumidor”.

El art. 33 de la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250 regula el régimen general, sin perjuicio del incumplimiento y régimen del art. 32 para la obligación de informar; y en el art. 35 se regula un régimen particular para los profesionales liberales.

En el sistema del Anteproyecto, se excluye de la calidad de proveedor a los profesionales liberales con título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada. La exclusión no alcanza al régimen de publicidad, a las prácticas abusivas o a su actividad comercial o a toda otra ajena a su incumbencia. Por su parte, la ley uruguaya no excluye a los profesionales liberales de la relación de consumo, y dispone que su responsabilidad de los profesionales liberales será objetiva o subjetiva según la naturaleza de la prestación asumida. En el régimen uruguayo los profesionales universitarios, cuando son proveedores de productos y servicios a título oneroso, y estos son adquiridos por destinatarios finales ingresan en una relación de consumo y como tal responden. La responsabilidad del art. 35 es derivada de una relación contractual y se prevé que “se aplique un factor de atribución subjetivo en los supuestos que así se haya pactado (‘según la naturaleza de la prestación asumida’) lo cual configura una excepción al régimen general de responsabilidad objetiva establecido en el inciso 1 del artículo 33 (...)” (19).

#### II.4. Sobre contratos conexos

No existe en el sistema normativo uruguayo codificado ni en el consumidor norma que regule expresamente el fenómeno de la conexidad o coligación contractual como sí lo hace tanto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina como el Anteproyecto. El An-

teproyecto logra armonizar la conceptualización teórica de las cadenas contractuales con la liturgia procesal al explicitar aún más las acciones del consumidor respecto de la cadena, configurando una verdadera interpretación del art. 736 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en cuanto a la acción directa. Sumado a ello logra el Anteproyecto armonizar la prevención del daño, exigir el cumplimiento forzoso dentro de la cadena y reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento en la cadena.

Sobre el tema ha señalado el coautor A. Caumont que “...con la conexidad contractual, el principio de relatividad de los contratos se ha tornado en sí mismo relativo, en paradoja que resulta importante comprender y considerar en virtud de su condición de herramienta útil para la cabal comprensión del estado actual del Derecho de las Obligaciones y Contratos (...) Obsérvese en este sentido que la existencia de una interconexión contractual en términos de sistema impone la consideración de esta nueva realidad diferente de la que configuran sus componentes aislados, que son también una realidad en sí mismos, y sobre tal plataforma de análisis resulta claro que la inserción de la variable interconexión convoca el debilitamiento extremo de la relatividad contractual puesto que la cadena negocial no puede concebirse sin el factor esencial a la propia cadena que es la intercomunicación de los elementos que la componen. De esta manera, pues, los sujetos que consintieron uno de los tipos negociales que configuran el sistema no pueden ser considerados terceros respecto quienes consintieron otro de los tipos contractuales constitutivos del mismo sistema, con el concepto tradicional de tercero referido históricamente a una realidad diversa que, precisamente, pierde vigencia exclusiva y deja de ser excluyente con la formación de la cadena. Con el resultado emergente de la concatenación se provoca un cambio cualitativo que conduce a un estado de situación insusceptible de gobernarse con la misma carga de contenidos de los Principios con que se regula un estado de situación diferente (...)” (20).

(19) MARIÑO LÓPEZ, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario...*, cit., p. 1226.

(20) CAUMONT, A., *Doctrina General del Contrato. Propositiones Teóricas de Innovación*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2014, ps. 214-215.

De esta forma, es posible advertir que el principio de relatividad desaparece en el ámbito interno de los eslabones para erguirse en como principio de la cadena, frente a terceros de ésta. Señala A. Caumont que “La relatividad desaparece en el ámbito interno de la cadena con referencia a los componentes individuales de la coligación, más persiste como Principio en lo concerniente al resultado final sistémico obtenido por el encadenamiento. Y en ese sentido será la cadena, en tanto tal, regida por el paradigma relativista puesto que ella no será oponible a terceros ajenos ni podrán ellos invocarla, en los términos conceptuales que oponibilidad e invocabilidad poseen en Derecho de Obligaciones y contratos (...)” (21).

El abordaje también nos conduce a hablar de la existencia de una causa del propio sistema que se distingue de las causas individuales de las cadenas del sistema; y esa causa del sistema conduce a tener presente que “(...) la defección en la veracidad o en la licitud de esta última (se refiere el autor a la cadena contractual) provocará respecto del sistema las mismas consecuencias que la defección en la veracidad o ilicitud de cada causa en cada uno de los tipos negociales constitutivos del encadenamiento (...)” (22).

También en este punto el Anteproyecto propone soluciones normativas a situaciones ya presentadas en la legislación actualmente vigente en el ámbito del consumo argentino (23), del cual el sistema jurídico uruguayo ha recibido sus enseñanzas.

### ***II.5. Protección contractual al consumidor en relaciones de consumo a distancia***

El acelerado proceso de globalización y la expansión de los mercados han modificado de manera radical las relaciones de consumo. En especial, la dinámica de relacionamiento entre proveedores y consumidores ha mutado, apartándose del trato directo y cercano imperante

en el siglo XX y dando paso a nuevas modalidades de relacionamiento a distancia.

El cambio es irreversible, nos encontramos hoy con proveedores que utilizan una gran expansión de canales de venta, lo que les ha permitido ampliar los receptores de su oferta y en definitiva de sus productos o servicios. Las nuevas generaciones, mucho más familiarizadas con la incorporación de internet en sus vidas optan a diario por consumir mediante plataformas de internet, vía telefónica o similares.

Lo expresado ha llevado a complejizar las relaciones de consumo, incrementando la vulnerabilidad del consumidor, especialmente a causa de la mayor distancia entre los sujetos intervinientes y también por la distancia existente entre el consumidor y los productos o servicios que se le ofrecen.

Esta circunstancia ha sido especialmente valorada en la normativa extranjera (24). Los cambios fácticos han llevado necesariamente a procurar regulaciones específicas a fin de atender las particularidades que esta nueva forma de consumo implica, fundamentalmente ante la marcada ineficiencia de los mecanismos clásicos del Derecho Civil para proteger a los grupos de sujetos especialmente vulnerables, como lo son los consumidores a distancia.

#### *II.5.1. La protección subsistémica uruguayo del consumo a distancia*

En el contexto descrito irrumpió la Ley uruguayo de Defensa del Consumidor 17.250 mediante nuevos dispositivos jurídicos, los cuales debían ser interpretados y aplicados desde un nuevo paradigma de relaciones contractuales, distinto al del Código Civil uruguayo.

Por lo tanto, el núcleo jurídico de protección al consumidor uruguayo en la actualidad importa la aplicación de dos ejes normativos de diversa y hasta contrapuesta sustracción y avance histórico de la disciplina jurídica, espe-

(21) *Ibidem*, ps. 214-215.

(22) *Ibidem*, p. 216.

(23) HERNÁNDEZ, C. - PICASSO, S., “Informe para la reforma del Código Civil argentino en materia de contratos conexos”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 7-2010.

(24) PÉREZ SERRABONA, J. F., “La formación del consentimiento en las ventas a distancia. Comparativa entre las legislaciones española, europea y uruguayo”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 11-2014.

cialmente en sentido de la protección de categorías tales como la de los consumidores (25).

Lo antedicho tiene una implicancia directa al analizar las particularidades que supone el fenómeno del consumo a distancia en la actual Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, consagrado originariamente en su art. 16(26): en esta modalidad contractual el

(25) Véase al respecto: CAUMONT, A. - MIRANDE, S., "Neocentralismo y recodificación contemporánea del derecho privado. El valor del sistema central y de las reglas jurídicas de anticipación" en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo LXV-2015.

(26) Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, de 11/8/2000: "Artículo 16: La oferta de productos o servicios que se realice fuera del local empresarial, por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar da derecho al consumidor que la aceptó a rescindir o resolver, 'ipso-jure' el contrato. El consumidor podrá ejercer tal derecho dentro de los cinco días hábiles contados desde la formalización del contrato o de la entrega del producto, a su sola opción, sin responsabilidad alguna de su parte. La opción por la rescisión o resolución deberá ser comunicada al proveedor por cualquier medio fehaciente" (inc. 1º). "Cuando la oferta de servicios se realice en locales acondicionados con la finalidad de ofertar, el consumidor podrá rescindir o resolver el contrato en los términos dispuestos en el inciso primero del presente artículo" (inc. 2º). "Si el consumidor ejerciere el derecho a resolver o rescindir el contrato deberá proceder a la devolución del producto al proveedor, sin uso, en el mismo estado en que fue recibido, salvo lo concerniente a la comprobación del mismo. Por su parte, el proveedor deberá restituir inmediatamente al consumidor todo lo que éste hubiere pagado. La demora en la restitución de los importes pagados por el consumidor, dará lugar a que éste exija la actualización de las sumas a restituir. Cada parte deberá hacerse cargo de los costos de la restitución de la prestación recibida. En los casos en los que el consumidor rescinda o resuelva el contrato de conformidad a las previsiones precedentes, quedarán sin efecto las formas de pago diferido de las prestaciones emergentes de dicho contrato que éste hubiera instrumentado a través de tarjetas de crédito o similares. Bastará a tal efecto que el consumidor comunique a las emisoras de las referidas tarjetas su ejercicio de la opción de resolución o rescisión del contrato" (inc. 3º). "En el caso de servicios parcialmente prestados, el consumidor pagará solamente aquella parte que haya sido ejecutada y si el servicio fue pagado anticipadamente, el proveedor devolverá inmediatamente el monto correspondiente a la parte no ejecutada. La demora en la restitución de los importes pagados por el consumidor, dará lugar a que éste exija la actualización de las sumas a restituir. Se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en el párrafo final del inciso anterior del presente artículo" (inc. 4º). En todos los casos el proveedor deberá informar el domicilio de su

consumidor tiene la posibilidad (potestad revocatoria) de extinguir el contrato durante los cinco días hábiles siguientes a su celebración o a la entrega del producto (a diferencia del plazo de 10 días que propone el Anteproyecto argentino mediante el reenvío normativo que su art. 74.3 realiza al art. 1110 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina).

La actual particularidad del subsistema uruguayo de protección de consumo a distancia se destaca en lo dispuesto por dos nuevos incisos finales incorporados al referido art. 16 de la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250 (mediante el art. 248 de la ley 19.355, de 19/12/2015)(27), modificación legislativa que consagró la obligación del proveedor de informar al consumidor por escrito en el mismo "documento contractual" sobre el derecho de revocar el contrato ya establecido en el mismo texto normativo legal. El incumplimiento de dicha obligación da derecho al consumidor a extinguir el contrato "en cualquier momento", es decir, sin plazo (al igual que el referido art. 1110 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y a diferencia del Derecho italiano y francés en los que el plazo inicial se extiende a 60 y 90 días respectivamente).

De esta manera, la nueva redacción del art. 16 de la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250 establece la obligación de informar al consumidor ya no solo sobre información atinente al producto sino además sobre lo que la propia ley dice, es decir, a informar al consumidor sobre el derecho revocatorio que el texto legal le concede en los contratos de consumo a distancia.

Por tanto, se integra el texto contractual ya no solo con la información difundida en avisos

establecimiento o el suyo propio siendo insuficiente indicar solamente el casillero postal o similar" (inc. 5º).

(27) "El proveedor deberá informar por escrito al consumidor en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, el derecho de rescindir o resolver el contrato consagrado en el presente artículo" (inc. 6º).

"Si el proveedor no hubiera cumplido con el deber de información y documentación antes referido, el consumidor podrá ejercer el derecho de rescisión o resolución en cualquier momento, cumpliendo con las condiciones que establece el inciso tercero del presente artículo" (inc. 7º).

publicitarios (integración publicitaria dispuesta en el art. 14 Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250) sino que también se realiza una integración normativa al texto contractual respecto de los derechos del consumidor consagrados por ley (28). El proveedor está obligado a informar al consumidor en el texto del contrato sobre el derecho de revocación previsto en el art. 16 Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, lo cual se contrapone a ciertos pilares sobre presunciones de conocimiento del Derecho previstos en el Código Civil uruguayo (arts. 2º (29) y 1270) al menos en su literalidad de superficie y sin perjuicio de interpretaciones hacia la coherente sistematización.

El referido art. 1270 del Código Civil uruguayo consigna que “la ignorancia de la Ley o el error de Derecho en ningún caso impedirá los efectos legales del contrato”, lo cual contrasta con el referido dispositivo *subsistémico* que mediante ley especial se ha dado a la postre en nuestro medio y la salida *sistémica* que se lograría en el ordenamiento jurídico argentino, como se referirá a continuación.

### *II.5.2. La protección subsistémica del “vulnerable” en la regulación de la contratación a distancia en el Anteproyecto argentino*

El anteproyecto que nos convoca para su análisis, en línea teórica y normativa concordante con el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina argentino, brinda una colosal oportunidad de perfeccionar y armonizar un sistema coherente y consistente en cuanto a la protección del consumidor.

A diferencia de las referidas diferencias normativas uruguayas entre el plexo normativo central y periférico en el que el intérprete debe armonizar diversos sustratos ideológicos e instrumentales, el Anteproyecto argentino dará ocasión a los operadores jurídicos de su medio de estructurar un entramado de protección del consumidor particularmente en sede de con-

tratación a distancia en un verdadero sistema de protección del débil (*favor debilis*) mediante el reenvío normativo hacia el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina argentino.

Ha de considerarse primariamente que el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina contempla ya en su articulado un rico desarrollo de normativa tuitiva directamente dirigida a realidades de vulnerabilidad o desequilibrio entre los contratantes que se manifiestan en el ámbito del consumo, regulando especialmente las prácticas abusivas, el trato equitativo, la obligación de informar a los consumidores y muy particularmente las modalidades especiales de consumo.

Así fue que, en este punto el art. 71 del Anteproyecto, sembrando el terreno fértil que la mencionada norma sistémica le proporcionó, equiparó el “grado de protección” de la contratación de consumo por medios electrónicos al de la contratación de consumo por medios convencionales. No solo equipara los grados de protección sino también la profundidad en disposiciones tales como la del art. 73 que en sede de “portales de venta o subasta online” consigna una exención de responsabilidad del “operador electrónico” solo cuando “No ha desempeñado un rol activo en la operación jurídica económica limitándose a proporcionar únicamente un foro...” y “no ha generado particular confianza en el consumidor”.

Dichos textos normativas brindan pautas interpretativas en un sentido subjetivamente amplificatorio de la responsabilidad civil del operador electrónico.

El art. 73 del Anteproyecto recurre a una expansión hacia la responsabilidad del proveedor de servicios electrónicos de intermediación, más típica de disciplinas jurídicas de naturaleza eminentemente tuitiva y protectora, colocando el eje sobre el *elemento daño* bastión de las doctrinas más vanguardistas del derecho de daños atendiendo a su reparación integral. Este dispositivo que propone el Anteproyecto se condice con una perspectiva de protección sistémica al vulnerable, de fuente preponderantemente legal, que excede las fronteras de los paradigmas clásicos del Derecho Civil atinentes al *principio de relatividad de los efectos de los contratos*.

(28) Conf. MIRANDE, S. - RODRÍGUEZ PELLE, M., “La ampliación del contenido de la obligación de informar en las recientes modificaciones a la Ley de Defensa del Consumidor”, en *Revista de Legislación Uruguaya*, año VII, nro. 10, octubre 2016, p. 2162.

(29) Código Civil uruguayo: “Artículo 2.- La ignorancia de las leyes no sirve de excusa”.

Que se amplíe subjetivamente la responsabilidad a un operador electrónico solo por el hecho de “generar confianza en el consumidor” (característica típica de los mercados virtuales más popularizados que en todo momento se jactan de la seguridad en sus operaciones) aunque sea una persona distinta de quien en principio puede considerarse el “contratante”, podría explicarse mediante la constitución de un contrato de naturaleza subjetiva compleja explicable a través de la conexidad contractual, o bien la estructuración de un nuevo concepto de “relación de consumo” como situación jurídica de carácter obligacional de fuente legal que excede a los compartimentos estancos de la relación contractual clásica.

Puede advertirse en definitiva de los párrafos que anteceden que el referido anteproyecto interpela al foro y lo emplaza en situación de adecuarse a esta nueva realidad jurídica que supondría su promulgación.

La aplicación del principio *favor debilis*, dejando de lado la clásica protección al deudor en términos de *favor debitoris*, buque insignia de este proyecto, se trasunta no solo de la exposición de motivos del mismo, sino también de los giros gramaticales empleados (“estándar más elevado que sea posible”; “se ponderará el grado de vulnerabilidad del consumidor”; “no ha generado una particular confianza en el consumidor”, etcétera).

Puede verse entonces que en el Anteproyecto cuyo análisis nos convoca tiene la inteligencia de establecer protecciones de alcance flexible según las necesidades y circunstancias de cada caso, de modo de contemplar las diversas situaciones que en las práctica se observan, en lugar de establecer un régimen de tutela binario donde la piedra angular del sistema se sitúa en determinar si existe o no una relación o acto de consumo a los efectos de determinar si se aplica el régimen tuitivo *in totum* o no se lo hace.

Quizás la gran virtud de este proyecto respecto a la protección del consumidor en los contratos a distancia, radica en tener en cuenta los matices de la realidad contemporánea, adecuándose tanto a la hipótesis de un consumidor hipervulnerable social, técnica y económicamente frente a un proveedor cuyas obligaciones

se intensifican a fin de pretender reestablecer el equilibrio contractual; hasta la de un consumidor profesional o altamente tecnificado con un porte económico similar o superior al consumidor frente a un proveedor cuyas obligaciones, particularmente la de informar, se atemperan adecuándose a la aplicación del *principio de realidad*.

Esta agudeza y tecnología jurídica emerge a cabalidad cuando observamos que, más que más allá de la gradualidad que supone profundizar la tutela en la especie “consumo a distancia” dentro del género “consumo”, graduar asimismo la *obligación de informar* atendiendo a las circunstancias particulares de cada consumidor a distancia en el caso concreto, supone un avance cualitativo que coloca esta norma a la vanguardia de las necesidades de la realidad contemporánea.

## II.6. Sobre el “sobreendeudamiento” del consumidor

El anteproyecto regula una situación de hipervulnerabilidad que no es ajena a la realidad uruguaya: el “sobreendeudamiento”. La consagración de un principio de préstamo responsable se constituye en una importante herramienta de protección de un colectivo altamente vulnerable como lo son los consumidores que acceden de forma excesiva, por necesidad, a celebrar mutuos onerosos.

No han en el ordenamiento positivo uruguayo normas como las que pretende innovar el Anteproyecto; en especial del derecho al pago anticipado (art. 95 del Anteproyecto) y el derecho de arrepentimiento (art. 96 del Anteproyecto), salvo las disposiciones analizadas de la venta de producto o servicio fuera del establecimiento (en caso de que el préstamo sea concedido por esa modalidad). Es de resaltar también la previsión de la conexidad contractual en la operatoria crediticia prevista en los arts. 92 y 93 del anteproyecto.

La prevención y la educación financiera (arts. 82 y 83) hacen verdadero eco de la necesidad de proteger al colectivo vulnerable. Definitivamente que el incumplimiento de los deberes a cargo de los proveedores de préstamo (principio del préstamo responsable) del art. 79



del Anteproyecto, se constituyen en verdaderas obligaciones que habilitan —en caso de incumplimiento— los supuestos de accionamiento del art. 50 de dicho cuerpo normativo proyectado; todo lo cual se traduce en una posible normativa protectora en consideración de supuestos tan sensibles y necesitados de garantía normativa como el de las tarjetas de crédito (30).

Véase el pensamiento del codificador uruguayo de 1867 en cuanto no admitió ni a la lesión como vicio del consentimiento en aras de proteger “el respeto que merecen la promesa hecha y la palabra empeñada, sino también porque la seguridad del dominio contribuye, en gran manera, al desenvolvimiento de la riqueza y a la mejora de la condición material de la sociedad” (31). Y agregan los informantes del código que “El hombre debe contratar con prudencia, y si no lo hace y se perjudica, la ley no debe prestarle auxilio, como no haya mediado delito o cuasi delito de parte del otro contrayente, o algún otro vicio radical en el contrato. Dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores o nuestras imprudencias”.

Lejos estamos de poder contemplar las nuevas vulnerabilidades salvo que recurramos al esfuerzo de procurar soluciones en el sistema, y dentro de él, en los principios que hacen al Derecho de las Obligaciones y los Contratos (institutos como la inexistencia, invalidez, nulidad, vicios del consentimiento, usura, pago con beneficio de competencia, buena fe, abuso de derecho, teoría de los actos propios, inembargabilidad de ciertos bienes del deudor, instituto del bien de familia entre otros). Celebramos la regulación en esta materia por el Anteproyecto y confiamos que el mismo inspire al legislador uruguayo.

### III. La protección precautoria del consumidor ante el daño (prevención, responsabilidad y sanción punitiva)

La antedicha sistematización del Derecho en general y de la protección al consumidor en particular se trasluce normativamente en el Anteproyecto argentino en pos de una subsistematización sobre lo atinente al daño: su prevención, su reparación y sanción punitiva (ésta última con relación a algunos supuestos especiales) desde un paradigma precautorio expresamente consagrado en el texto normativo propuesto y sobre el cual puede derivar una interpretación precautoria (32) global de todo el subsistema.

Sin perjuicio de la consagración de este posible nuevo texto legal de especial regulación en cuanto al consumo y al daño, el Anteproyecto realiza un reenvío casi permanente a la norma jurídica central de Derecho Privado: el Código Civil y Comercial de la Nación, dado que por más plexos normativos que se dediquen a la relación de consumo estos siempre tendrán una eficacia subsidiaria con relación a aquel. De esta manera, el Anteproyecto consagra a cabalidad la sistematización que el Derecho requiere para la ordenada y coherente regulación de un tema de extremada sensibilidad social. Y en ello continúa prevaleciendo la metodología sistémica por sobre la metodología casuística.

El texto normativo del Anteproyecto preconiza la prevención del daño de manera “autónoma” pero en permanente reenvío al Código Civil y Comercial de la Nación. Y en este diseño teórico se sobrepone la protección a las situaciones de vulnerabilidad objetiva por parte de un plexo normativo en el marco del sistema capitalista a efectos de seguir amparando al más débil y/o vulnerable (33). Dicha finalidad protectora no es incompatible con los objetivos

(30) DANUZZO, R. S., “La creación unilateral de cargos por parte del emisor de tarjetas de crédito como causa del sobreendeudamiento del usuario”, Ponencia presentada en el marco de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Comisión Nro. VIII - (Derechos del consumidor), Bahía Blanca - 2015.

(31) Informe de la comisión revisora del Código Civil Uruguayo de 1867.

(32) MIRANDE, S., “Interpretación precautoria de textos normativos sobre nuevas tecnologías en organismos modificados genéticamente en el sistema jurídico uruguayo”, *XIV Jornadas de comunicaciones científicas de la Facultad de Derecho y IV Internacional*, Corrientes, Argentina, edición 2018.

(33) CAUMONT, A., “Contrayentes vulnerables por inequilibrio subjetivo en la formación y ejecución de los contratos. cambios en los paradigmas contractuales”, *ADCU*, t. XXXVII-2007.

económicos de circulación de productos en el mercado donde también se persigue la satisfacción del consumidor mediante la evitación de exposición a productos defectuosos, la cual alguna vez se entendió como inevitable dado el avance tecnológico y científico y sus consecuentes riesgos de circulación comercial.

Sin embargo, la supuesta satisfacción adquisitiva del consumidor al igual que la satisfacción lucrativa del proveedor aun no es incompatible con la elaboración de productos seguros e indefectuosos. Por el contrario, la propensión a una normativa consumerista que desestime la elaboración y circulación de productos defectuosos no solo evita el daño y sus consecuentes acciones judiciales, sino que a la vez asegura dicha satisfacción de las partes en los actos de consumo previos, durante y posteriores a la circulación del producto en el mercado en el marco de relaciones de consumo. Por tanto, la protección del daño al consumidor se traduce directa e indirectamente en protección simultáneo de los restantes participantes de la relación de consumo y del mercado.

El Anteproyecto es un nuevo antecedente para la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250, de 11 de agosto de 2000, al igual que lo fuera oportunamente la actual normativa argentina vigente y otros plexos normativos centrales y periféricos, argentinos (entre otros) e internacionales, como los detallados en los fundamentos del presente Anteproyecto argentino de Ley de Defensa del Consumidor.

Los dispositivos atinentes a la protección del daño al consumidor consagrados en el Anteproyecto constituyen una novedad de ejemplo para el sistema jurídico uruguayo en general y el subsistema jurídico uruguayo de daños al consumidor en particular.

El nuevo texto legal argentino proyectado consagra dispositivos jurídicos de protección al consumidor que no están previstos en forma expresa en el subsistema jurídico uruguayo de daños al consumidor. Tales son los supuestos de la ampliación del ámbito de aplicación de la responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos mediante los "(...) daños a bienes distintos del producto o servicio en sí mismo (...)" (art. 108); la inclusión de "(...) bienes derivados

del cuerpo humano (...)" en el concepto de producto o servicio (art. 109); una mayor consideración de la información en la construcción normativa del concepto de producto y servicio defectuoso (arts. 110 y 111); la amplificación de la legitimación tanto activa como pasiva en las acciones reparatorias del daño y la referencia expresa a la "proporción a la participación" en el mercado en cuanto a los posibles sujetos destinatarios de dichas acciones (arts. 112 y 114); previsiones específicas sobre eximentes de responsabilidad (algunas de ellas en forma más favorable aun al consumidor) y la exclusión expresa del denominado riesgo de desarrollo como eximente (art. 115); un mayor plazo de caducidad (art. 116)(34); la consagración expresa de la precaución de consumo (art. 5.1), entre otros.

Dentro de los referidos dispositivos jurídicos innovativos del Anteproyecto, se propone a continuación un breve análisis desde una perspectiva dialéctica con el subsistema de daños al consumidor uruguayo.

### ***III.1. La precaución y su expansión intrasistémica en el Anteproyecto argentino y en el subsistema uruguayo de daños al consumidor***

La precaución ha sido analizada por doctrina argentina y uruguaya tanto en cuanto a su génesis ambientalista inicial como con relación a su incidencia consecucional en el ámbito del consumo (35).

(34) El Anteproyecto argentino establece un plazo de caducidad de 10 años (art. 116), mientras que la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor establece plazos combinados de prescripción y caducidad de 4 y 10 años, respectivamente en cuanto a la reparación del daño (art. 38) así como también otros plazos de caducidad de 30 y 90 días y 3 y 6 meses según diversos supuestos de vicios aparentes o manifiestos, respectivamente (art. 37).

(35) CAFFERATTA, Néstor A. (Dir.) - LORENZETTI, Pablo - RINALDI, Gustavo - ZONIS, Federico G. (coautores), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - Derecho Ambiental*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2012; MARIÑO LÓPEZ, A., "La transformación de la obligación de informar al consumidor. Incidencia del paradigma de la precaución en el Derecho del consumo", *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6-2009; DÍAZ FERNÁNDEZ, H., "De la indemnidad a la precaución: fuentes supralegales de la precaución de daños", en *Revista Crítica de Derecho privado*, nro. 15-2018, ps. 571 y ss.; MARTÍNEZ MERCADAL, J. J., "La prudencia del derecho de daños:

El Anteproyecto introduce en forma expresa la precaución en el ámbito normativo subsistémico del consumo mediante una definición que amplía su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación (art. 5.9).

En cuanto al ámbito objetivo, se establece el deber o la obligación de “actuar precautoria-mente” en situaciones de “controversia científica probada” y de “incertidumbre científica probada”, con lo cual se dejan de lado anteriores estipulaciones normativas internacionales, especialmente desde plexos normativos ambientales (como, por ejemplo, la Declaración de Naciones Unidas de Río de Janeiro de 1992; el Convenio sobre Diversidad Biológica de Río de Janeiro de 1992 y su Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología de 2000 (36)) y nacionales (como en la Ley uruguaya de Protección del Medio Ambiente 17.283, de 28/11/2000 (37)) que hacían hincapié en un ámbito más acotado de aplicación.

En cuanto al ámbito subjetivo refiere expresamente tanto al “Estado” como a los “proveedores”. La consagración expresa del primero incluiría a todos sus operadores jurídicos, entre ellos y entre otros a los Jueces, quienes además de poder aplicar medidas de prevención precautoria podría también, al igual que el resto de los operadores jurídicos, interpretar textos normativos de manera precautoria (38).

Esta novedosa perspectiva normativa del Anteproyecto en cuanto a la precaución, en con-

---

de la prevención a la precaución”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 13-2017; MIRANDE, S., “‘Precaver el desarrollo de lo desconocido’. Riesgo de desarrollo, información y precaución en el Derecho uruguayo”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6-2009.

(36) En los cuales se hace referencia a la “ausencia de certeza científica absoluta”.

(37) El cual, en similar sentido a los antedichos textos normativos internacionales, refiere a “la falta de certeza técnica o científica absoluta” (artículo 6, literal B: “cuando hubiere peligro de daño grave o irreversible, no podrá alegarse la falta de certeza técnica o científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas”).

(38) MIRANDE, S., “Interpretación precautoria de textos normativos sobre nuevas tecnologías en organismos modificados genéticamente en el sistema jurídico uruguayo”, *XIV Jornadas de comunicaciones científicas de la Facultad de Derecho y IV Internacional*, Corrientes, Argentina, edición 2018.

sideración de lo antedicho y de otros aspectos jurídicos propuestos en él, inciden en el resto del Anteproyecto de manera intrasistémica (especialmente en lo atinente a la protección del consumidor frente al daño: arts. 107 a 118) así como también podrían incidir en el resto del sistema jurídico argentino a partir de los permanentes reenvíos que realiza el Anteproyecto hacia el Código Civil y Comercial de la Nación en el marco de sistematización entre las normas jurídicas centrales de anticipación y las periféricas referido *ab initio* en el presente trabajo.

En la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250 la precaución no está referida ni menos aún definida en forma expresa. Se ha propuesto la operatividad de la precaución en el ámbito normativo del consumo mediante la interpretación y reinterpretación de algunos de sus textos normativos (especialmente los arts. 7° a 9° atinentes a acciones preventivas) en conjunción con postulados teóricos basados en la “expansión líquida” intersubsistémica desde el subsistema de daños al medio ambiente hacia el subsistema de daños al consumidor, es decir, desde el referido art. 6° literal B de la Ley de Protección del Medio Ambiente 17.283 hacia los referidos arts. 7° a 9° (en especial este último) de la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor 17.250.

La presente innovación del Anteproyecto sobre precaución, tanto en cuanto a referencia normativa expresa como en cuanto a su definición, será un nuevo aporte de inspiración teórica y doctrinal para el Derecho uruguayo y, ojalá más temprano que tarde, de reforma legislativa.

### ***III.2. La información como referente autónomo y axiomático del subsistema de protección del consumidor frente al daño***

El Anteproyecto denota sus pilares, sistemáticamente regulados en su texto mediante expresos reenvíos y diálogo de fuentes.

Entre ellos pueden destacarse tanto a la seguridad del consumidor como también y especialmente a la información. Y así se expone expresamente en sus Fundamentos, en el cual se preconiza a la información como deber jurídico principal en consideración al actual contexto de

expansión y transmisión de información en las relaciones jurídicas (39).

Especialmente en cuanto a la obligación de seguridad, el Derecho argentino ha brindado soluciones normativas y doctrinarias en el ámbito del consumo (40); así como también el actual Anteproyecto propone soluciones innovadoras en su art. 117.

### *III.2.1. Las innovaciones sobre información precautoria en el Anteproyecto argentino*

En todo el texto del Anteproyecto se realizan diversos tipos de calificación de la información a efectos de asegurar especialmente su comprensión por parte del consumidor. Se hace expresa referencia a información y su debida manera de ser transmitida, algunas de las cuales constituyen valiosas novedades normativas de inspiración y ejemplo: “clara, precisa, completa, veraz y comprensible” (arts. 10.1 y 12); “de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible, comprensible y actualizarla de manera periódica” (art. 11); “mecanismos apropiados para su adecuada comprensión” (art. 13); “fácilmente perceptible” (art. 14); la denominada “sobreinformación” (art. 15); “comunicada al pública sin dilaciones” (art. 17) y hasta incluso con expresa vinculación a la eficacia y cumplimiento de los contratos de consumo, los cuales deben redactarse de manera “completa, clara y fácilmente legible” (art. 46).

En lo que atañe a la protección del consumidor frente al daño, el Anteproyecto propone diversos dispositivos informativos, no solo en el exclusivo capítulo atinente a daños (arts. 107 a 118). Además de lo referido en el anterior párrafo, otros textos del Anteproyecto refieren al binomio información-daño y su intervencionalidad tanto de prevención como de reparación, una y otra en posible perspectiva precautoria. Así, por ejemplo, el art. 12 incluye dentro de la obligación de informar del proveedor a “todas las informaciones sobre riesgos, incertidumbres

y cuestiones ambientales...”. En similar sentido, el art. 14 hace referencia a “riesgos e incertidumbres” en cuanto al denominado “contenido mínimo” de la información.

Por su parte, el art 17, entre otros, refiere a un tema atinente a daños, el cual ya se ha presentado en anteriores normativa internas e internacionales vigentes de manera sensible y complejamente vinculada a la información: el riesgo de desarrollo, tal como se hará referencia en el siguiente apartado.

En cuanto a la responsabilidad por daños del proveedor y, entre otros, la elaboración y circulación de productos, se incluye expresamente a la información como categoría de defecto de producto, junto a los clásicos defectos de diseño y fabricación (que junto a aquella conforman el tríptico de la normativa estadounidense del *Law of Torts*) y al defecto de conservación (provenientes de la normativa europea comunitaria (41) sobre el tema y el Código del Consumidor brasileño (42)); este último también vigente en la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor (art. 34, inc. 2°).

### *III.2.2. La información precautoria en el Anteproyecto Argentino desde la perspectiva de la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor*

La Ley de Defensa del Consumidor uruguaya, por el contrario, no refiere, al menos expresa y sistemáticamente, a la información como defecto generador de responsabilidad civil en cuanto a los daños derivados de los productos y servicios que circulan en el mercado. Sí refiere a ella en ámbitos de contractualidad o relación de consumo en general, como se ha expresa *supra* en el apartado II del presente trabajo.

Sin embargo, la ley uruguaya sí refiere a la información en temas atinentes al daño (aunque sin establecer expresamente una convocatoria de responsabilidad al respecto), como sucede en lo atinente al riesgo del desarrollo, lo cual

(39) Apartado I.4., ps. 8 a 10 de la exposición de Fundamentos del Anteproyecto.

(40) JAPAZE, B., “La obligación de seguridad en las relaciones de consumo. Régimen legal en la Ley de Defensa del Consumidor argentina”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 7-2010.

(41) NAVAS NAVARRO, S., “Falta de conformidad, responsabilidad de los productores y derechos del consumidor (Derecho europeo y español)”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 8-2011.

(42) CATALAN, M. - UEQUED PITOL, Y., “El acoso de consumo en el derecho brasileño”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 14-2017.

ha dado lugar a diversas interpretaciones a las que se hará referencia en el siguiente apartado y sobre lo que también el Anteproyecto podrá ser ejemplo de inspiración teórica, doctrinaria y, posiblemente, legislativa.

En definitiva, la información (en general para el subsistema de consumo y en especial en torno al daño al consumidor) se erige en el Anteproyecto como un pilar axiomático de incidencia sistemática en todo el Anteproyecto así como también en lo atinente al daño al consumidor, tanto como complemento de dispositivos protectorios ya existentes o como dispositivo autónomo de protección al consumidor, el cual incide bidireccionalmente tanto con relación a la ya referida precaución (información científica) como al riesgo de desarrollo (información incierta o desconocida por el proveedor y/o el Estado) al que se hará referencia a continuación.

### ***III.3. El paradigma de la información precautoria en el Anteproyecto: la expresa consagración del riesgo de desarrollo como generador de daños y su exclusión como eximente de responsabilidad del proveedor por producto defectuoso***

A diferencia del Anteproyecto en análisis y otras normativas internacionales como la comunitaria europea, la Ley uruguaya de Defensa del Consumidor no establece, al menos de manera expresa, las consecuencias del denominado riesgo de desarrollo en cuanto a la convocatoria de responsabilidad civil del proveedor por producto defectuoso.

La problemática del riesgo de desarrollo y sus consecuentes riesgos inciertos se ha presentado en diversos productos de sideral circulación en el mercado (43).

(43) GALLARDO, L., "Algunos interrogantes vinculados a la naturaleza jurídica y legalidad de los alimentos modificados genéticamente en argentina", XIII Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y III internacional - Universidad Nacional del Nordeste - Fac. de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Corrientes, 2017; MIRANDE, S., "La desinformación sobre el desarrollo de lo desconocido: obligación de informar en el derecho de daños precautorio y etiquetado obligatorio de alimentos transgénicos", *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 11-2014; SOZZO, G., "Riesgos del desarrollo y sistema de derecho de daños", en *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 4-2007.

El art. 11(44) de la ley uruguaya refiere al riesgo de desarrollo en sede de acciones preventivas atinentes a, entre otros, prohibición de circulación del producto en cuestión en el mercado y/o su retiro, en concordancia con sus arts. 7º a 9º (especialmente este último(45)).

Diversas construcciones teóricas han concluido en un sentido u otro en la doctrina uruguaya. Pero la tendencia internacional se ha direccionado hacia la responsabilidad del proveedor en este supuesto.

Y así también lo propone el Anteproyecto argentino, el cual refiere al tema en varios de sus textos normativos sistematizados fuera del ámbito de estricta incumbencia del daño como también dentro del mismo.

El art. 14.6 sobre "contenido mínimo" de la información refiere a la comunicación que el proveedor debe realizar sobre el descubrimiento de la peligrosidad de un producto que él haya colocado en el mercado (sin antes advertirlo) así como también hace referencia expresa a la comunicación a las "autoridades competentes" a efectos de su eventual retiro del mercado; en similar sentido al antecedente legislativo argentino y al ya referido art. 11 de la ley uruguaya pero el Anteproyecto propone regular el tema de manera más detallada y adecuada para la sensibilidad ambiental y social del tema.

Similar disposición contiene el art. 10.3 del Anteproyecto, pero con relación al Estado, en cuanto a su deber de comunicar eficazmente "cualquier circunstancia que, con posterioridad a la introducción del bien o servicio en el mer-

(44) Ley uruguaya de Defensa del Consumidor: "Artículo 11.— Los proveedores de productos y servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado, tomen conocimiento de su nocividad o peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores. En este último caso, la comunicación se cumplirá mediante anuncios publicitarios".

(45) Ley uruguaya de Defensa del Consumidor: "Artículo 9.— La autoridad administrativa competente podrá prohibir la colocación de productos en el mercado, excepcionalmente y en forma fundada, cuando éstos presenten un grave riesgo para la salud o seguridad del consumidor por su alto grado de nocividad o peligrosidad".

cado, pueda ocasionar alguna amenaza o perjuicio a los consumidores...”

También el art. 10 del Anteproyecto refiere (quizá indirectamente) al tema, al referir al deber u obligación del Estado en cuanto a “información ambiental” y promoción de “patrones de producción y consumo sustentables”.

Y el art. 115 del Anteproyecto encripta normativamente el tema en cuanto al riesgo de desarrollo. En primer lugar, excluye como eximente de responsabilidad del proveedor al “cumplimiento de las reglas del arte, o de la normativa vigente” así como también al “hecho de contar con la autorización administrativa” (inc. 1º).

Es en el inc. 2º del art. 115 del Anteproyecto en el que se encripta normativamente el tema en pos de una propuesta de regulación adecuada en cuanto a la convocatoria de responsabilidad civil del proveedor sobre el riesgo de desarrollo al excluirlo expresamente como eximente de responsabilidad. Es decir, por más que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la puesta de circulación del producto no hubiesen permitido al proveedor apreciar la “existencia del vicio” (la posibilidad de producción del daño) igualmente deberá responder y reparar los daños que se ocasionen (además de las debidas comunicaciones y retiro del producto del mercado según lo que establecen los ya referidos arts. 10 y 14.6 en cuanto a él y al Estado).

Dicha perspectiva reparatoria derivada del riesgo de desarrollo es aplicable también a las medidas preventivas a las que dé lugar el riesgo de desarrollo sobre la base del paradigma de la información precautoria, en el cual la información adopta una nueva categorización de protección autónoma y a la vez axiomática como eje de todo el sistema y donde la precaución se expande entre los subsistemas y hacia todo el sistema jurídico.

### Doctrina de referencia

CAFFERATTA, Néstor A. (dir.) - LORENZETTI, Pablo - RINALDI, Gustavo - ZONIS, Federico G. (coautores), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I.

CATALAN, M. y UEQUED PITOL, Y., “El acoso de consumo en el derecho brasileño”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 14-2017.

CAUMONT, A., “Prólogo. Codificación y racionalidad: el derecho inteligente”, en MARIÑO LÓPEZ, Andrés, *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*, La Ley Uruguay, 3ª ed., Montevideo, 2017.

CAUMONT, A. - MARIÑO LÓPEZ, A., “La interpretación del contrato en los principios latinoamericanos de derecho de los contratos (PLDC)”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 15-2018.

CAUMONT, A. - MIRANDE, S., “Neocentralismo y recodificación contemporánea del derecho privado. El valor del sistema central y de las reglas jurídicas de anticipación”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. LXV-2015.

CAUMONT, A., “Abstracción, Concreción y Derecho”, en Atilio Aníbal Alterini, *Testimonio de una Vocación*. Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Editorial Vinciguerra, Buenos Aires, 2009.

— “Consideraciones críticas sobre la función de la jurisprudencia en el derecho continental”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6-2009.

— “Contrayentes vulnerables por inequilibrio subjetivo en la formación y ejecución de los contratos. Cambios en los paradigmas contractuales”, *ADCU*, t. XXXVII-2007.

— *Doctrina General del Contrato - Proposiciones teóricas de innovación*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2014.

— “La conexidad contractual desde una matriz signífica discursiva para analizar nuevas maneras de contratación. Causa, finalidad supranegocial y objeto en negocios jurídicos coligados”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 7-2010.

— “La ética como marca ontológica de la contractualidad”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 11-2014.

- “Teoría Contractual y Futuro: la irresistible necesidad de pensar en abstracto”, en *Revista Jurídica Regional Norte*, año 5, nro. 5, FCU, Montevideo, 2010.
- DANUZZO, R. S., “La creación unilateral de cargos por parte del emisor de tarjetas de crédito como causa del sobreendeudamiento del usuario”, Ponencia presentada en el marco de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Comisión Nro. VIII - (Derechos del consumidor), Bahía Blanca, 2015.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, H., “De la indemnidad a la precaución: fuentes supralegales de la precaución de daños”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 15-2018.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- GALLARDO, L., “Algunos interrogantes vinculados a la naturaleza jurídica y legalidad de los alimentos modificados genéticamente en argentina”, XIII Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y III internacional - Universidad Nacional del Nordeste - Fac. de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Corrientes, 2017.
- HERNÁNDEZ, C. - PICASSO, S., “Informe para la reforma del Código Civil argentino en materia de contratos conexos”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 7-2010.
- JAPAZE, B., “La obligación de seguridad en las relaciones de consumo. Régimen legal en la Ley de Defensa del Consumidor argentina”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 7-2010.
- LORENZETTI, R. L., *Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado*, tomo VIII (arts. 1614 a 1881), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.
- *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- MARIÑO LÓPEZ, A. (dir.), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - Derecho de Daños*, t. I, La Ley Uruguay, Montevideo, 2018.
- MARIÑO LÓPEZ, A., *Código Civil de la República Oriental del Uruguay - Comentado, anotado y concordado*, 3ª ed., La Ley Uruguay, t. I, 2017.
- “La transformación de la obligación de informar al consumidor. Incidencia del paradigma de la precaución en el Derecho del consumo”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6-2009.
- MARTÍNEZ MERCADAL, J. J., “El papel de la información y las resoluciones contractuales ineficientes de negocios empresariales”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 8-2011.
- “La prudencia del derecho de daños: de la prevención a la precaución”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 13-2017.
- “La sociedad del daño y sus costos ¿Debe el Derecho de daños procurar el bienestar social? Aproximación al análisis económico del Derecho de daños y su incidencia en la concepción clásica de la responsabilidad civil”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6-2009.
- MEZZASOMA, L., “La responsabilidad civil del deudor en el reciente cuadro normativo”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 15-2018.
- MIRANDE, S. - RODRÍGUEZ PELLE, M., “La ampliación del contenido de la obligación de informar en las recientes modificaciones a la Ley de Defensa del Consumidor”, en *Revista de Legislación Uruguaya*, año VII, nro. 10, octubre 2016.
- MIRANDE, S., “El riesgo de desarrollo en el derecho de daños: nueva paradoja con relación al fundamento de la responsabilidad civil”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 5-2008.
- “Interpretación precautoria de textos normativos sobre nuevas tecnologías en organismos modificados genéticamente en el sistema jurídico uruguayo”, XIV Jornadas de comunicaciones científicas de la Facultad de Derecho y IV Internacional, Corrientes, Argentina, edición 2018.
- “La desinformación sobre el desarrollo de lo desconocido: obligación de informar en el derecho de daños precautorio y etiquetado obligatorio de alimentos transgénicos”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 11-2014.

- “Precaver el desarrollo de lo desconocido: Riesgo de desarrollo, información y precaución en el Derecho uruguayo”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6-2009.
- NAVAS NAVARRO, S., “Falta de conformidad, responsabilidad de los productores y derechos del consumidor (Derecho europeo y español)”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 8-2011.
- NICOLAU, N., “La responsabilidad precontractual en la relación de consumo”, en PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA (dirs.), *La Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J., “La protección de los consumidores y las nuevas tendencias disruptivas del mercado financiero: la globalización digital de la banca”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 14-2017.
- PÉREZ SERRABONA, J. F., “La formación del consentimiento en las ventas a distancia. Comparativa entre las legislaciones española, europea y uruguaya”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 11-2014.
- PICASSO, S., “Constitucionalización de la responsabilidad civil y reparación integral”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 3-2006.
- *La singularidad de la responsabilidad contractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- SALVADOR CODERCH, P. - SEUBA TORREBLANCA, J. C. - RAMOS GONZÁLEZ, S. - LUNA YERGA, L., “*Neminem laedere*, principio de cautela y red de alerta”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1/2004, working paper nro. 190, Barcelona, enero de 2004 (disponible en: [www.indret.com](http://www.indret.com)).
- SALVADOR CODERCH, P., *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, 1999.
- SAUX, E. I. - MÜLLER, E., *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2005.
- SOZZO, G., *Antes del Contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- “Entre ser prudentes y estar informados. Sobre la diferente racionalidad del deber de información y el principio precautorio”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 5-2008.
- “Riesgos del desarrollo y sistema de derecho de daños”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 4-2007.
- TESNIERE, L., *Elements de Syntaxe Structurale*, Klincksieck, Paris, 1959.
- VAN DYJK, T., *Estructuras y funciones del discurso*, 12ª ed., Siglo XXI Editores, España, 1998.



# Principio precautorio, protección de consumidores y obligación de informar en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

ANDRÉS MARIÑO LÓPEZ (\*)

## I. Introducción

El principio de precaución previene riesgos de daños respecto de los cuales no se dispone certeza científica absoluta, pero una parte de la comunidad científica sobre que existen. La precaución, originada y consolidada en el ámbito de la prevención de daños medioambientales, se ha expandido hacia otras áreas del sistema jurídico donde existen riesgos de daños para la salud, como en el ámbito de protección de la salud de consumidores y usuarios. La expansión se ha producido en la jurisprudencia y normativa comunitaria europea y en la jurisprudencia de diversos países.

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentino ha recogido esa línea de vanguardia en la protección de la salud humana y ha incluido dentro de los principios que establece al principio de precaución.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del principio de precaución aplicado a la protección de la salud de consumidores y usuarios y la regulación que prevé para dicho principio el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor de referencia.

## II. Sistema jurídico, diálogo de fuentes, principios generales del derecho y principios del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

En el presente numeral, como base del estudio del principio precautorio en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, se estudian los conceptos de sistema jurídico y normas jurídicas, la metodología de aplicación de las normas jurídicas mediante el diálogo de fuentes, la construcción de los principios generales del derecho y la enunciación de principios de protección de consumidores y usuarios por el Anteproyecto referido.

### II.1. Sistema jurídico y normas jurídicas

Sistema es un conjunto integral y total de elementos que se encuentran en función uno de otro y cumplen una función diferente a la de cada uno en particular (1). La interdependencia funcional significa que cada elemento del sistema se encuentra en relación con cada uno de los demás elementos que lo componen (2).

Como señala Luhmann, “Todo lo que existe pertenece siempre a un sistema (o a varios sistemas) y al entorno de otros sistemas. (...) Cada

---

(\*) Profesor de Derecho Civil, Universidad de la República, Uruguay. Doctor en Derecho por Universidad Autónoma de Barcelona, España. Coordinador de la Maestría en Derecho, orientación Derecho de Daños, Universidad de la República.

---

(1) FERRATER MORA, J, *Diccionario de Filosofía*, t. IV, Ariel, Barcelona, 2004, p. 3305.

(2) VON BERTALANFFY, L., *Teoría General de los Sistemas*, Fundación de Cultura Económica, México, 1976, p. 55.

cambio de un sistema significa un cambio en el entorno de otros sistemas; cada aumento de complejidad en un punto conlleva aumento de complejidad del entorno para todos los demás sistemas” (3).

El sistema jurídico tiene por función la regulación de conductas humanas por reglas que emergen de normas jurídicas coordinadas y sistematizadas entre sí. Las normas jurídicas no actúan en forma individual y aislada, sino configuradas en un sistema normativo que tiene por función la regulación de las conductas de los sujetos sociales. Las conductas de las personas en sociedad están reguladas por el sistema jurídico (4).

El sistema jurídico se inserta dentro de un sistema social del cual conforma un subsistema. Existe un sistema social compuesto por diferentes subsistemas que desarrollan diversas funciones, como los subsistemas económico, político, cultural, educativo, etc. Uno de dichos subsistemas del sistema social es el sistema jurídico.

Las normas jurídicas que se encuentran en el sistema jurídico pueden ser primarias, de conexión o de competencia. Las normas primarias son aquellas que imponen una determinada conducta a un sujeto, cuyo incumplimiento genera una respuesta coactiva desfavorable del sistema. Las normas de conexión disponen, en cambio, reglas de conducta pero no prevén una respuesta coactiva desfavorable del sistema; las mencionadas normas de conexión funcionan en vinculación con normas primarias. Las normas de competencia, por su parte, son normas que establecen qué entidades o sujetos tienen a su cargo la producción de normas jurídicas; como señalan Alchourrón y Bulygin, “son normas de conducta que permiten crear nuevas normas” (5).

El sistema jurídico es autopoietico o autorreferente pues se genera a sí mismo y establece

sus propios límites mediante la producción de normas jurídicas (normas primarias y normas de conexión) por las entidades que prevén las propias normas jurídicas (normas de competencia). La norma genera la norma. El sistema jurídico produce las normas jurídicas que constituyen los elementos que lo conforman (6).

El sistema jurídico se integra por diferentes subsistemas (o microsistemas), los cuales tienen por función la regulación de conductas humanas en áreas específicas. Así, por ejemplo, los subsistemas de derecho de daños, de derecho de familia, de protección de consumidores y usuarios, de derecho ambiental, etc. Los subsistemas se conforman por normas provenientes de diferentes fuentes normativas (constitucionales, legales, administrativas, etc.) y las funciones de cada uno se interrelacionan dinámicamente con la de los otros subsistemas.

## ***II.2. Metodología de aplicación de las normas jurídicas: constitucionalización del derecho privado y diálogo de fuentes***

Las normas jurídicas configuran una unidad compleja, compuesta por normas de diferente fuente normativa. La teoría de la constitucionalización del derecho privado, planteada por el jurista italiano Perlingieri, sostiene que las normas jurídicas provenientes de diferentes fuentes normativas (Constitución, instrumentos internacionales, ley, etc.) se aplican todas en forma directa y se presentan con un orden jerárquico en cuya cúspide se encuentran las normas constitucionales (7).

Sobre la base de la consideración de un sistema jurídico unido, complejo y jerarquizado, la teoría de la constitucionalización del derecho privado postula que, en la aplicación de las normas del sistema jurídico, tienen preeminencia los principios que prevén las normas cons-

(3) LUHMANN, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Anthoropos, Barcelona, 1991, p. 172.

(4) ALCHOURRÓN, C. - BULYGIN, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1998, ps. 103-107.

(5) *Ibidem*, p. 120.

(6) ESPOSTO, E., “Autopoiesis”, en CORSI, G. - ESPOSTO E. - BARALDI, C., *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Anthropos, México, 1996, ps. 31-32; En dicha línea, Lorenzetti - Lorenzetti expresan que sistema “es una organización autorreferente de elementos interrelacionados de un modo autónomo”, LORENZETTI, R. L. - LORENZETTI, P., *Derecho Ambiental*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 39.

(7) PERLINGIERI, P., *El derecho civil en la legalidad constitucional*, Dyckinson, Madrid, 2008, ps. 533.

titucionales y los valores que dichos principios contienen tendiendo al reconocimiento y protección de la dignidad de la persona (8).

Al igual que la teoría de la constitucionalización del derecho privado, la teoría del diálogo de fuentes, construida por el autor alemán Erik Jayme y desarrollada por Lima Marques y Lorenzetti, reconoce la unidad y complejidad del sistema jurídico y la aplicación directa, coherente y coordinada de las normas jurídicas provenientes de todas las fuentes normativas (9).

Sin embargo, a diferencia de la teoría de la constitucionalización del derecho, consideran que las normas constitucionales no se aplican jerárquicamente respecto de las normas de las restantes fuentes normativas, sino dando preminencia al principio de protección que consagren las normas aplicables al caso específica, sea cual sea la fuente normativa de la cual provenga la norma protectora.

En el diálogo de fuentes, se aplica la norma que otorgue mayor protección a la persona vulnerable (10). Se ha producido una expansión normativa que ha generado normas de diferente fuente que regulan los mismos supuestos de hecho; la aplicación de las normas no debe realizarse como si existiera un conflicto entre normas donde una deroga a la otra y prevalece la norma vigente, sino desde la coordinación de las normas en juego, buscando la coherencia

de soluciones, aplicando la normas que otorgue protección a la persona vulnerable (11).

### *II.3. Diálogo de fuentes en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor prevé al diálogo de fuentes como metodología de aplicación de las normas jurídicas a las relaciones de consumo. De acuerdo con dicha teoría, se aplican todas las normas del sistema jurídico, sea cual sea su fuente normativa, dando preminencia a las normas que prevean mayor protección a consumidores y usuarios.

El art. 5º del Anteproyecto LDC establece un conjunto de principios cuya sistematización constituye la base para la protección de consumidores y usuarios. Dicha disposición normativa establece, en primer lugar, el reconocimiento de “la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado” y, a continuación, preceptúa que “El sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales y tiene el objetivo de tutelar al consumidor (...)”.

La norma contenida en el art. 5º del anteproyecto en estudio debe coordinarse con las normas dispuestas por los arts. 6º y 28 de dicho cuerpo normativo.

El art. 6º del referido Anteproyecto LDC, nominado Derechos del Consumidor, dispone: “Los consumidores gozan de los derechos que establecen la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, y en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos y las leyes”.

A su vez, en coordinación con los anteriores, el art. 28 del anteproyecto en cita prevé el “Diálogo de las fuentes”. La norma indicada, en una primera parte, expresa: “Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen

(8) *Ibidem*, ps. 533-535.

(9) LIMA MARQUES, C., “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en LIMA MARQUES, C. (Coordinadora), *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação do direito brasileiro*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, ps. 19-20.

(10) JAYME, E., “O direito internacional privado do novo milênio: a protecao da pessoa humana face à globalização”, en LIMA MARQUES, C. - ARAÚJO, N., (organizadoras), *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 5; véase también, RAMOS RIBAS SOARES, F. - VAGO MATIELI, L., - DA MOTA GOMES DE SOUZA DUARTE, “Unidade do ordenamento na pluralidade das fontes: uma crítica à teoria dos microsistemas” y MIRANDA VALVERDE TERRA, A., “Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional”, ambos trabajos en SCHREIBER, A. - KONDER, C. N., *Direito Civil Constitucional*, Atlas, São Paulo, 2016, ps. 62-69.

(11) LIMA MARQUES, C., “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de Fuentes”, en SRIGLITZ, G. - HERNÁNDEZ, Carlos A., *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 148. Para dicha autora brasileña, la teoría del diálogo de fuentes es “Una solución flexible y abierta, de interpretación, o incluso la solución más favorable al más débil de la relación (trato diferente a los diferentes).”

por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria”.

En una segunda parte, el art. 28 del Anteproyecto LDC establece la metodología de aplicación de las normas relacionadas por el juez. La segunda parte de la disposición citada preceptúa: “Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo con los principios que lo rigen”.

Se plasma en la segunda parte del citado art. 28 la teoría del diálogo de fuentes. El juez debe aplicar todas las normas del sistema jurídico, dando preminencia las que consagren en forma más efectiva el principio protectorio de consumidores y usuarios. Los jueces deben aplicar al caso concreto las normas de derechos humanos y fundamentales que otorguen la máxima protección a consumidores y usuarios, interpretadas de acuerdo con los principios generales del derecho y a los principios que el art. 5º del anteproyecto en estudio prevé.

Corresponde señalar que, si bien se establece una metodología de aplicación del derecho basada en la teoría del diálogo de fuentes, en el derecho argentino la protección del consumidor se encuentra establecida en el art. 42 de la Constitución Nacional, por lo cual todas las normas de protección de consumidores y usuarios aplicables al caso específico deben aplicarse considerando dicha norma constitucional. Desde la teoría de la constitucionalización del derecho privado, la metodología de aplicación de las normas a las relaciones de consumo es similar a la que plantea la teoría del diálogo de fuentes, pues todas las normas del sistema de protección de consumidores y usuarios quedan comprendidas en la norma del art. 42 de la Constitución Nacional y debe aplicarse la norma que otorgue mayor fuerza protectoria.

#### II.4. Sistema jurídico y principios generales del derecho

Los sistemas jurídicos se componen de normas jurídicas provenientes de diferentes fuentes que regulan conductas humanas en áreas específicas. La sistematización de las normas jurídicas para la resolución de los casos particulares pone de manifiesto los defectos del sistema: lagunas, incoherencias y redundancias. Las lagunas se producen cuando no existe norma que regula el caso; las incoherencias se dan cuando dos o más normas regulan supuestos de diferente forma; las redundancias se presentan cuando dos o más normas regulan el mismo supuesto dando soluciones normativas distintas (12).

La construcción del sistema jurídico varía de acuerdo con la técnica de producción normativa utilizada. Una forma de evitar los defectos referidos es solucionar caso por caso mediante normas específicas o particulares (13). Dicha postura da origen a la técnica de producción normativa denominada *casuista*, según la cual el sistema jurídico supera sus defectos en forma más adecuada si regula la mayor cantidad de casos concretos.

Si bien el casuismo tiene importantes ventajas, pues facilita la completitud, coherencia y elipsis (sin redundancias) del sistema jurídico, presenta como desventaja la multiplicación de normas. Como expresan Alchourrón y Bulygin, “si para cada caso hace falta una norma, es evidente que el número de normas del sistema tendrá que ser extraordinariamente grande si el sistema pretende ser completo con relación a una materia relativamente compleja” (14).

La técnica normativa *generalista*, en cambio, sostiene que, para obtener la completitud (es decir, regular todos los casos), el sistema jurídico debe construirse sobre la base de normas generales que rijan una pluralidad de casos

(12) ALCHOURRÓN, C. - BULYGIN, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, cit., p. 124.

(13) *Ibidem*, ps. 124-127. Dichos autores denominan a las normas que regulan casos específicos “normas elementales”.

(14) *Ibidem*, p. 125.

genéricos y complejos. Un número reducido de normas generales permite “una mejor visión del conjunto y un manejo práctico más fácil”. No obstante, el generalismo tiene como desventaja la formación de redundancias. A mayor generalidad de las normas jurídicas, mayor riesgo de redundancias en el sistema jurídico (15).

Dicha técnica es la que han adoptado la mayoría de los países, con excepción de los sistemas jurídicos de base anglosajona, donde el casuismo constituye una tradición muy fuerte.

El jurista no crea el sistema jurídico; debe sistematizar las normas jurídicas que tiene a su frente para solucionar el caso concreto. La sistematización normativa, denominada también reformulación de la base normativa, consiste en la sustitución de las normas particulares por normas generales que comprendan a estas y regulen otros casos específicos. La sistematización normativa constituye el método de construcción de los principios generales del derecho (16).

Los principios constituyen normas generales que se infieren de normas particulares (17). La construcción de los principios generales se realiza mediante la sistematización o reformulación de normas particulares con la finalidad de obtener normas generales, es decir, la sustitución de una pluralidad de normas por una norma más general. Dicha sistematización se realiza por razonamiento inductivo, el cual consiste en una generalización a partir de un conjunto de casos particulares de un género.

Las normas jurídicas contienen reglas de conductas. Los principios generales son normas que contienen reglas generales de conducta, las cuales son inferidas de un conjunto de normas particulares previstas para regular casos específicos.

Los principios recogen los valores que dichas normas particulares plasman, otorgando a los derechos que prevén una sustancia valorativa propia. Como señalan Lorenzetti - Lorenzetti, “estas normas receptan valores, y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos y la relación con las reglas” (18).

Los principios generales cumplen funciones interpretativas e integrativas. Los principios tienen por función completar las lagunas que el sistema jurídico presenta, regulando los supuestos de hecho que carecen de regulación específica. También cumplen una función interpretativa, dado que el intérprete en la asignación de significado a los textos normativos debe considerar el principio que comprende a la norma a interpretar (19). En ambas funciones, los principios configuran mandatos de optimización en la realización del precepto que ellos contienen (20).

Así, por ejemplo, el principio general de igualdad se construye sobre la base de un conjunto de normas que prevén el derecho de igualdad en diferentes normas de rango constitucional. Así, en el derecho uruguayo, el derecho de igualdad surge del art. 8° de la Constitución de la República que prevé la igualdad de todas las personas ante la ley, del art. 72 de la Carta que dispone el reconocimiento de todos los derechos inherentes a la personalidad humana y de un conjunto de normas incluidas en tratados y convenciones internacionales que integran el bloque constitucional, en las cuales se prevé el derecho de igualdad para situaciones específicas. Entre ellas, corresponde señalar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Convención Internacional sobre los

(15) *Ibidem*, ps. 126-127.

(16) *Ibidem*, p. 127.

(17) LORENZETTI, R.L., *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 135-136; CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t. 1, UTEHA, Buenos Aires, 1944, p. 132; TOVAGLIARE, F. - VAN ROMPAEY, L. - BARBIERI, L., *Aplicación directa de principios y normas constitucionales*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2016, ps. 22 y ss.

(18) LORENZETTI, R. L. - LORENZETTI, P., *Derecho Ambiental*, cit., p. 109. Para Perlingieri, desde la teoría de la constitucionalización del derecho privado, los principios que surgen de las normas con rango constitucional sustentan “valores y principios históricamente característicos”; PERLINGIERI, P., *El derecho civil en la legalidad constitucional*, cit., p. 534.

(19) LORENZETTI, R. L. - LORENZETTI, P., *Derecho Ambiental*, cit., p. 115.

(20) ALEXY, R., “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, *Doxa*, nro. 5 - 1988, ps. 143 y ss.; PERLINGIERI, P., *El derecho civil en la legalidad constitucional*, cit., p. 533.

Derechos del Niño, Convención Internacional para la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, Convención Internacional sobre las Personas con Discapacidad, Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales, Convenio OIT 100 sobre Igualdad de Remuneración del Hombre y la Mujer, Convenio OIT 111 de Prohibición de Discriminación en Materia de Trabajo, etcétera.

Del conjunto de normas con rango constitucional que prevén el derecho de igualdad, surge una norma más general que conforma el principio constitucional de igualdad. Este presenta una sustancia valorativa diferente al de cada norma particular y prevé que el derecho de igualdad y la interpretación de cada supuesto específico se debe realizar desde la norma general que contiene el principio de igualdad.

### **II.5. Principios microsistémicos**

En los subsistemas o microsistemas del sistema jurídico, se pueden construir principios que se aplican a su ámbito específico de regulación, los cuales deben ser coordinados y sistematizados con las normas provenientes de otros subsistemas jurídicos conexos.

Los principios de los subsistemas son reglas generales aplicables a todo el ámbito que estos específicamente comprenden y cumplen, al igual que los principios generales del derecho, funciones integrativas e interpretativas. En diálogo con los principios generales y los principios especiales de otros subsistemas o microsistemas jurídicos, los principios del microsistema completan vacíos normativos de este y configuran pautas de asignación de significado a los textos normativos que lo componen.

Los principios especiales o sectoriales pueden ser construidos mediante la sistematización de normas particulares del subsistema o microsistema utilizando el razonamiento inductivo, de forma similar a la construcción de los principios generales. En dicho supuesto, de normas particulares se infieren normas genera-

les. Así, sucede con el principio de reparación integral del daño que se construye sobre la base de un conjunto de normas particulares del subsistema de derecho de daños. O, como se verá a continuación, el principio de protección de consumidores y usuarios, que emerge de la sistematización de los principios microsistémicos que el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor contiene.

Los referidos principios especiales o sectoriales también pueden ser construidos por normas que los establecen. En el derecho uruguayo, al igual que sucede en el derecho argentino, la ley de protección ambiental contiene un conjunto de principios que cumplen las funciones antes indicadas(21).

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor en estudio dispone principios de aplicación general dentro del subsistema de normas de protección a consumidores y usuarios, los cuales desarrollan las antes mencionadas funciones de integración de lagunas y de interpretación de las normas jurídicas, que en el caso referido son las normas del derecho del consumo.

### **II.6. Principios del Anteproyecto LDC**

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor establece en su art. 5º un conjunto de principios propios del subsistema normativo de protección de consumidores y usuarios, los cuales deben coordinarse entre sí y, sobre la base de la metodología del diálogo de fuentes, con otros principios protectorios previstos por el sistema jurídico.

Los principios establecidos en el mencionado art. 5º del anteproyecto configuran normas generales que regulan todas las situaciones que plantean las relaciones de consumo. Las normas particulares que el Anteproyecto contiene deben interpretarse y aplicarse en coordinación y conexión con los principios referidos.

De los diez principios relacionados en el art. 5º del anteproyecto en cita surge un principio más general que los comprende a todos ellos, el principio de protección del consumidor

(21) Véase CAFFERATA, N. A., "Principios de Derecho Ambiental", JA 2006-II-1142.

y del usuario, el cual se construye sobre la base del reconocimiento de la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado con el cual comienza la norma indicada.

A su vez, uno de los principios previstos por el art. 5° es la base de la regulación principista del anteproyecto: el principio de respeto de la dignidad de la persona humana. Los restantes principios enunciados por la referida norma —progresividad y no regresión, orden público de protección, acceso al consumo, transparencia de mercados, consumo sustentable, protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad, prevención de riesgos, precaución y antidiscriminatorio— deben interpretarse y aplicarse en conexión y coordinación con el principio de respeto a la dignidad de la persona humana.

### III. Principio precautorio en el Anteproyecto de LDC

El anteproyecto consagra el principio de precaución para la protección de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios. El principio precautorio tiene su origen en el ámbito de la protección del medioambiente, construido sobre la base del reconocimiento de la relevancia del medioambiente como bien jurídico colectivo y un cambio de racionalidad del conocimiento científico que introduce perspectivas respecto de la incertidumbre científica. La conexión entre consumo y medioambiente y el fortalecimiento del derecho a no ser dañado ha motivado la expansión del principio de precaución en la prevención de la salud y seguridad de consumidores y usuarios.

El principio de precaución previsto por el art. 5 numeral 9 del anteproyecto en estudio tiene un impacto directo en la obligación de informar a cargo del proveedor, pues este debe informar a consumidores y usuarios los riesgos de daños que presenta el producto o servicio para una parte de la comunidad científica, aun cuando sea minoritaria.

#### III.1. Derecho a la indemnidad y función preventiva del derecho de daños

El derecho de daños es un subsistema del sistema jurídico que regula el daño y los riesgos de

que este suceda. Dicho subsistema desarrolla dos funciones: la función preventiva del daño y la función reparatoria de los daños acaecidos. La prevención y la reparación del daño producido en la sociedad se encuentra regulado por un conjunto de normas que conforman un subsistema incluido en el sistema jurídico general, denominado derecho de daños.

Las personas tienen derecho a no ser dañadas, a que se prevenga la producción de daños y a que el daño ya ocurrido sea reparado. A su vez, frente a dichos derechos, todas las personas son titulares también de los deberes de prevenir el daño y de no dañar a los demás sujetos (22).

La función preventiva del daño se realiza mediante la inhibición temporal o definitiva de conductas que produzcan daños o existan probabilidades de que produzcan daños. Presenta dos aspectos funcionales diferentes de acuerdo con la certidumbre científica existente sobre el riesgo de daños: por una parte, la prevención del daño con certidumbre científica respecto de su acaecer y, por otra, la precaución del daño respecto de cuya producción existe una cuota de incertidumbre científica.

El derecho de daños cumple una función de prevención en sentido amplio: se debe evitar el daño antes de que ocurra. La función de *prevención en sentido amplio* comprende la prevención en sentido estricto y la precaución. En efecto, la prevención en sentido amplio presenta dos clases, categorías o tipos: la *prevención en sentido estricto*, es decir, la inhibición de la conducta respecto a la cual exista certidumbre científica de sus consecuencias dañosas, y la *precaución*, es decir, la inhibición de la conducta a cuyo respecto no existe certidumbre científica sobre sus consecuencias dañosas (23). La función preventiva del derecho de daños se desarrolla por dos subfunciones, la prevención y la precaución, las cuales se diferencian en el grado de certeza científica que requiere cada uno para operar.

(22) Sobre el deber genérico de prevenir daños, LORENZETTI, R. L. - LORENZETTI, P., *Derecho Ambiental*, cit., ps. 298-300.

(23) DÍAZ FERNÁNDEZ, H., "El principio precautorio en el Derecho de daños al medio ambiente", *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 8, año 2011, ps. 293-294.

### III.2. Principio precautorio, certeza científica y medioambiente

La incorporación de la función precautoria en el derecho de daños tiene su origen en el sistema de normas de derecho internacional sobre medioambiente. La necesidad de protección de ese bien colectivo básico para la vida en nuestro planeta, sumado a un cambio en el paradigma del conocimiento científico, motivaron la construcción del principio de precaución (24).

En un conjunto importante de instrumentos normativos internacionales de protección del medioambiente se ha incluido el principio precautorio, según el cual, la falta de certeza científica absoluta respecto de que una conducta produce daños, no es razón para no adoptar medidas preventivas. Según el principio de precaución, la falta de certeza científica absoluta no impide la inhibición de conductas posiblemente dañosas.

Desde la normativa internacional, el principio precautorio se ha expandido a las normas de derecho interno de protección del medioambiente de diversos países y su aplicación se ha admitido, como se verá más adelante, en el ámbito de la protección de la vida y salud humana y animal, línea de avanzada que adopta el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor.

El nuevo paradigma del conocimiento científico abrió la puerta al principio de precaución en el ámbito de la prevención del daño al medioambiente. En efecto, la racionalidad del conocimiento científico de la modernidad cambia: la ciencia no llega a certezas absolutas, sino a certezas relativas basadas en probabilidades (25). En el paradigma actual del conocimiento científico, la verdad incuestionable ha sido sustituida por una certeza razonable,

susceptible de ser razonada y revisada (26). La investigación científica deja la puerta abierta para que sucesivas investigaciones científicas desarrollen y modifiquen sus conclusiones. La certidumbre científica absoluta es sustituida por un conocimiento relativo, flexible y sujeto a revisiones.

Sobre dichas bases, los instrumentos internacionales de protección del medioambiente incorporan el principio de precaución, el cual, como se ha señalado, permite prohibir o inhibir una conducta sin que exista certidumbre científica absoluta sobre sus efectos dañosos. Como señalan Santillo y Johnston, el principio de precaución identifica y toma en cuenta las limitaciones del conocimiento científico, planteando la necesidad de considerar un marco más amplio para la prevención de los daños al medioambiente (27).

El principio de precaución se prevé en el Principio 11 de la *Carta Mundial de la Naturaleza*, aprobada el 28 de octubre de 1982 por las Naciones Unidas, las *Conferencias Internacionales sobre la Protección del Mar del Norte* de 1984, 1987 y 1990, la *Convención de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono* de 1985, la *Declaración Ministerial Europea de Bergen sobre Desarrollo Sostenible*, adoptada el 15 de mayo de 1990 por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (punto 7), el *Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro*, de 6 de junio de 1992 (Preámbulo), el *Tratado de la Unión Europea* de Maastricht de 1994 (art. 174), actualmente art. III-233 numeral 2 de la *Constitución de la Unión Europea* (28).

En el contexto de instrumentos internacionales referidos, la *Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, cele-

(24) Sobre el principio de precaución existe una amplia bibliografía; además de un estudio profundo de dicho principio, puede verse una relación bibliográfica del tema en LORENZETTI, R. L. - LORENZETTI, P., *Derecho Ambiental*, cit., ps. 137 y ss.

(25) BELTRÁN VILLALBA, M., "Sobre la confianza en una ciencia secularizada", en RAMOS TORRE, R. - GARCÍA SELGAS, F. (dirs.), *Globalización, riesgo, reflexividad*, CIS, Madrid, 1999, ps. 293 y ss.

(26) MARIÑO LÓPEZ, *Los fundamentos de la responsabilidad contractual*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2005, ps. 37-38.

(27) SANTILLO, D. - JOHNSTON, P., "Principio de precaución y evaluación del riesgo", en RIECHMANN, J. - TICKNER, J. (coords.), *El principio de precaución. En medio ambiente y salud pública: de las definiciones a la práctica*, Icaria, Barcelona, 2002, p. 95.

(28) DÍAZ FERNÁNDEZ, H., "El principio de precaución", *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 9, 2012, ps. 341 y ss.



brada en Río de Janeiro en 1992, en su principio 15 formula una definición del principio de precaución que ha devenido en una enunciación de referencia internacional. En dicho principio, se expresa: "Principio de precaución: Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

Sobre la base de los instrumentos internacionales medioambientales mencionados, el principio precautorio ha ingresado al ámbito normativo de protección del medioambiente de los sistemas jurídicos de diversos países. Así, en Argentina, la precaución se encuentra consagrada por el art. 4º de la ley 25.565, General del Ambiente: "Principio precautorio. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente". En Uruguay, el principio de precaución se incorpora el sistema jurídico por medio del art. 6º literal B de la ley 17.283, de protección del medioambiente, de 28 de diciembre de 2000, el cual dispone: "La prevención y previsión son criterios prioritarios frente a cualquier otro en la gestión ambiental y, cuando hubiere peligro de daño grave o irreversible, no podrá alegarse la falta de certeza técnica o científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas".

El principio precautorio impone la suspensión de actividades que amenazaren el medioambiente, pese a que no existan pruebas científicas concluyentes respecto de que produzcan efectos dañosos(29). En consecuencia, si existe la probabilidad de que una actividad produzca daños medioambientales, aun cuando científicamente no esté absolutamente demostrada la causación de perjuicios, se debe

impedir o inhibir dicha conducta(30). Según el paradigma de la precaución, "se debe impedir la acción que sea causa probable de daños para una parte relevante de la comunidad científica (riesgo plausible o potencial), aun cuando no exista certeza sobre ello" (31).

### ***III.3. Principio precautorio y protección de consumidores y usuarios. La expansión de la precaución a la protección de la vida, la salud y la seguridad de las personas***

La coherencia del sistema jurídico conduce a sostener la aplicación del principio de precaución para otras clases de daños y no solo para los específicamente ambientales(32). Si para prevenir el daño medioambiental no es necesaria la certeza científica absoluta, entonces, tampoco se la debe requerir para la inhibición de conductas causantes de otra clase de daños de sensibilidad similar al medioambiente, como, por ejemplo, la salud humana.

Existe una conexión entre la salud, el consumo y el medioambiente que fundamentan la aplicación del principio precautorio en el ámbito de las relaciones de consumo para la protección de la salud de las personas y prevención de daños a la vida y la integridad psicofísica de estas.

#### ***III.3.1. Sistema de derecho de daños, sistema de derecho de consumo y sistema de daños al medioambiente***

El sistema jurídico se compone de diversos subsistemas que regulan áreas específicas y se encuentran relacionados entre sí. El derecho de daños es, como se ha indicado, el conjunto de normas conexas entre sí que tienen por función la prevención y la reparación del daño.

(30) MARIÑO LÓPEZ, A., "Bases del Derecho de daños al medio ambiente. Aportes para la construcción de acuerdos regionales en América Latina", *Anuario Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXVI, p. 655.

(31) MARIÑO LÓPEZ, A., "La transformación de la obligación de informar al consumidor. Incidencia del paradigma de la precaución en el Derecho del consumo", *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6, 2009, p. 879.

(32) MARIÑO LÓPEZ, A., "Bases del Derecho de daños al medio ambiente. Aportes para la construcción de acuerdos regionales en América Latina", *Anuario Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXVI, ps. 655-656.

(29) CAFFERATTA, N., "Teoría de los principios de derecho ambiental", *www.cima.com.ar*, p. 23.

A su vez, dentro del sistema jurídico se encuentra el subsistema normativo destinado a regular las relaciones de consumo y proteger a consumidores y usuarios, al cual se lo denomina derecho del consumo. Las normas relativas a la prevención y reparación de daños a consumidores y usuarios integran el subsistema de derecho del consumo y el subsistema de derecho de daños.

De ese modo, los daños a consumidores y usuarios se regulan por las normas específicas dispuestas en el ámbito del derecho del consumo, en conexión y coordinación con las normas del sistema de derecho de daños. Las normas referidas a daños a consumidores y usuarios integran ambos subsistemas, el de derecho del consumo y el de derecho de daños.

Por su parte, las normas que regulan el uso y conservación del medioambiente conforman un subsistema del sistema jurídico denominado derecho ambiental. Este contiene normas destinadas a regular la prevención y reparación de los daños al medioambiente que también integran el subsistema de derecho de daños. A su vez, existen normas relativas al impacto del consumo en el medioambiente que integran el sistema de derecho del consumo, el sistema de derecho ambiental y el sistema de derecho de daños.

Para la aplicación de las normas jurídicas al caso concreto, entre los diferentes subsistemas debe existir una comunicación o diálogo recíproco que permita la solución más adecuada a la protección de los derechos de la persona. El diálogo intrasistémico entre subsistemas del sistema jurídico se construye sobre la base de los principios generales del sistema jurídico, considerando los principios particulares de cada subsistema.

### III.3.2. La conexión entre precaución, medioambiente, consumo y salud

El medioambiente tiene vinculación directa con la salud humana (33). En efecto, esta puede ser lesionada por el daño al medioambiente. La

producción de alimentos transgénicos resistentes a pesticidas poderosos y la contaminación del aire y del agua son ejemplos de la conexión existente entre medioambiente y salud humana.

A su vez, el consumo se vincula directamente con la salud humana y con el medioambiente. Los daños al medioambiente producen también, en muchas situaciones, daños a la salud humana, animal y vegetal. La seguridad alimentaria, la contaminación del aire por ondas radioactivas provenientes de antenas de telefonía móvil y generadores eléctricos, y la gestión de residuos son ejemplos de la vinculación entre dichos ámbitos. En dichos supuestos, la conexión entre ambos ámbitos es tan intensa que los límites entre derecho ambiental y derecho del consumidor se diluyen.

La conexión de medioambiente, salud humana y consumo hace que el principio precautorio se expanda hacia el área de los daños a consumidores y usuarios (34). En especial, al ámbito regulatorio de alimentos y medicamentos, elementos directamente vinculados a la protección de la salud humana.

La norma precautoria debe tener aplicación en aquellos ámbitos de máxima sensibilidad, como la salud de las personas, en supuestos respecto de los cuales exista conocimiento científico significativo respecto de que una conducta produce daños, aun cuando no exista certeza científica absoluta sobre ello. Las bases del paradigma precautorio, originadas y contenidas en el ámbito de la protección ambiental, deben aplicarse, cuando fuere posible y corresponda, en los ámbitos del sistema jurídico destinados a la protección de la salud de consumidores y usuarios (35).

(34) MARIÑO LÓPEZ, A., "Bases del Derecho de daños al medio ambiente. Aportes para la construcción de acuerdos regionales en América Latina", *Anuario Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXVI, ps. 653 y ss.; MARIÑO LÓPEZ, A., "La transformación de la obligación de informar al consumidor. Incidencia del paradigma de la precaución en el Derecho del consumo", *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6, 2009, ps. 881-883.

(35) MARIÑO LÓPEZ, A., "La transformación de la obligación de informar al consumidor. Incidencia del paradigma de la precaución en el Derecho del consumo", *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6, 2009, ps. 882-883.

(33) SOZZO, G. - BERROS, M. V., "Una agenda para el principio precautorios", *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6, 2009, ps. 784-785.

### III.3.3. La aplicación del principio precautorio para la protección de la salud humana en las normas comunitarias de la Unión Europea

La ampliación del ámbito de aplicación del principio precautorio o de cautela desde la protección del medioambiente a la protección de la salud humana se observa en la normativa y jurisprudencia comunitarias europeas. En efecto, en la Unión Europea se ha dado el “ensanchamiento” del principio de precaución, desde la prevención de daños al medioambiente, hacia el ámbito de prevención de daños a la salud de consumidores y usuarios.

Un momento relevante en la expansión de la precaución hacia la protección de la salud de consumidores y usuarios se da con la denominada “crisis de la vaca loca”. En el año 1996, una parte de la comunidad científica sostuvo que la propagación de la enfermedad neurológica mortal llamada Enfermedad de Creutzfeldt-Jacob (ECJ) que ocurría en el Reino Unido, podía deberse a la epidemia de la encefalopatía espongiiforme bovina (EEB) que se estaba produciendo en dicho lugar. No existía certidumbre científica absoluta sobre la transmisión de la referida enfermedad desde los animales a los seres humanos, por lo cual, la Comisión Europea, en su decisión de 30 de julio de 1997, relativa a la prohibición de uso de los materiales de riesgo en relación con las encefalopatías espongiiformes transmisibles, adoptó medidas restrictivas a la circulación de productos bovinos del origen indicado, sobre la base del principio de precaución o cautela (36).

Con relación a dicho asunto, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TSJUE), en el caso *National Farmer's Union*, fundamentó la legitimidad de las medidas adoptadas por la Comisión en la referida decisión en que el principio de precaución o cautela emergente del art. 130 R del Tratado de la Comunidad Europea (luego, art. 174 apart. 2 del Tratado UE y, actualmente, art. III-233 de la Constitución UE) es aplicable no solo a la protección del

medioambiente, sino también a la salud de los consumidores (37).

La aplicación del principio de precaución, o de cautela como se lo denomina en la Unión Europea, en la protección de la salud y seguridad de consumidores y usuarios se observa en diversas normas comunitarias de la Unión Europea. Algunas de dichas normas refieren a la salud humana y animal, pero con respecto a esta última, se hace referencia en cuanto a la afectación que produzcan a la primera.

En el ámbito alimentario, el principio de precaución o cautela se encuentra previsto en el Libro Blanco sobre seguridad alimentaria adoptado por la Comisión el 12 de enero de 2000 (38). Asimismo, el reglamento (CE) 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, de principios y requisitos generales de legislación alimentaria, de creación de la Autoridad Europea Alimentaria y procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, contiene, en su art. 7.1, el principio de cautela. La propuesta de *directiva UE 2017/0332*, de fecha 1 de febrero de 2018, relativa a la *calidad del agua para consumo humano* y el *reglamento UE 213/2018* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2018, sobre el *uso de bisfenol en envases destinados al contacto con alimentos* también prevén la aplicación de principio de precaución en protección de la salud de los consumidores y usuarios de alimentos.

En un área de conexión directa entre el medioambiente y la salud, como lo es el de la pesca, el principio de precaución es recogido por los considerandos (6) y (10) de la *directiva UE 1380/2013*, de 11 de diciembre, sobre política pesquera común.

En concordancia con dicha disposición, el *reglamento UE 2018/975*, de fecha de 4 de julio, sobre política pesquera, incluye el principio de precaución para prevenir daños en la actividad de la pesca y la producción pesquera.

(36) Decisión de la Comisión de 30 de julio de 1997, nro. 54. España incorporó las medidas adoptadas por el Real Decreto 1911/2000, de 24 de noviembre y por el Real Decreto 3454/2000, de 22 de diciembre.

(37) STJCE, de 5 de mayo de 1988, *National Farmer's Union*, asunto C-157/96, apartados 63 y 64. En igual sentido, STJCE, de 5 de mayo de 1998, *Reino Unido c. Comisión*, asunto C-180/96, apartados 99 y 100.

(38) COM 1999 (719) final.

Por su parte, en el ámbito de los riesgos de manipulación genética, los arts. 1º y 4.1. de la directiva 2001/18/UE, de 12 de mayo, del Parlamento y el Consejo, sobre liberación internacional en el medioambiente de organismos genéticamente modificados, prevén el principio de precaución. El reglamento 2017/746/UE, de 5 de abril, sobre *productos sanitarios para diagnóstico in vitro* prevé la aplicación del principio de precaución para la protección de la salud humana en dicho ámbito.

A su vez, en el área de los riesgos químicos para la salud, el principio de precaución se encuentra en el considerando (3) del reglamento (UE) 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativo a la comercialización y el uso de biocidas, y en el reglamento (UE) 850/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre contaminantes orgánicos pertinentes.

Sobre riesgos químicos, existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo de Primera Instancia que aplica el principio de precaución para prevenir daños a consumidores y usuarios. El mencionado tribunal ha utilizado el principio de cautela a partir de la sentencia de 26 de noviembre de 2002, en el denominado caso *Artegodam*. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea ha fundamentado su fallo sobre la base del principio de precaución en su sentencia de 4 de julio de 2000, caso *Bergadem* (39). En este último caso, *Bergadem* producía un aceite solar de nombre *Bergasol*, el cual contenía una esencia de bergamota que incluía bergapteno, elemento con respecto al cual existía controversia científica sobre sus potenciales efectos cancerígenos (40).

En el ámbito de seguridad de productos, la directiva 2001/95/CE prevé el principio de cau-

(39) STPI, 26/11/2002, *Artegodam* y otros c. Comisión, asuntos unificados T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00 y T-141/00, apartado 184; STJE, de 4 de julio de 2000, *Bergadem* c. Comisión, asunto C-352/98.

(40) Sobre dicho caso y la sentencia que en él dictó el Tribunal de Justicia europeo de Primera Instancia con fecha 16 de julio de 1998, véase BESTANI, A., *Principio de precaución*, Astrea, Buenos Aires, 2012, ps. 292-293.

tela para protección de la salud y seguridad de consumidores y usuarios, lo cual es recogido en el derecho español por el art. 8.2.2. del real decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, según el cual la Administración puede aplicar las medidas de retirada del producto o su prohibición cuando exista evidencia de efectos nocivos para la salud o la seguridad, aunque subsista incertidumbre científica al respecto (41).

Con relación a la seguridad de los productos y, en particular, en el ámbito de la protección de consumidores vulnerables, como son los niños, la directiva 2009/48/UE, de 18 de junio, sobre la seguridad de los juguetes, adopta también el principio de precaución o cautela en su considerando (21).

Como se observa de la relación normativa y jurisprudencial comunitaria europea que antecede, el principio de precaución evade el ámbito del medioambiente, expandiéndose hacia la protección de la salud en diversas zonas del sistema jurídico. En consecuencia, en supuestos de riesgos de daños a la salud, la falta de certeza científica absoluta no impide la adopción de medidas de prevención de daños.

(41) SALVADOR CODERCH, P. - SEUBA TERREBLANCA, J. C. - RAMOS GONZÁLEZ, S. - LUNA YERGA, A., "*Neminen laedere*, principio de cautela y red de alerta", *Indret, Working paper*, nro. 40, enero 2014, [www.indret.com](http://www.indret.com); REYES LÓPEZ, M. J., *Manual de Derecho Privado de Consumo*, La Ley, Madrid, 2009, ps. 137 y ss. Corresponde señalar que las normas comunitarias europeas que adoptan el principio de precaución en el ámbito de la protección de la salud humana se han visto reflejadas en el derecho español mediante su traspolación al derecho interno en diversas normas. Así, a modo de ejemplo, además del mencionado real decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, pueden citarse la ley 9/2003, de 25 de abril, de régimen jurídico, utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos genéticamente modificados (exposición de motivos); ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (art. 3º, literal ñ, en conexión con su Anexo 4); ley 11/2001, de 5 de julio, creación de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria (art. 4º); real decreto legislativo 1066/2001, de 28 de septiembre, Reglamento de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitarias frente a emisiones radioeléctricas, entre otras.

### III.4. La regulación del principio precautorio en el Anteproyecto LDC y su coordinación con otros de sus principios

El numeral 9 del art. 5° del anteproyecto en estudio establece el principio de precaución en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios. De acuerdo con dicho texto, “El Estado y los proveedores deben actuar precautoriamente en las situaciones de controversia científica probada y en general frente a la incertidumbre científica fundada respecto de la existencia de una amenaza derivada de un bien o servicio, adoptando las medidas eficaces para evitar el daño a los consumidores”.

Como se ha indicado, el principio precautorio se ha ido expandiendo desde la prevención de daños al medioambiente a la prevención de daños a la vida y salud de las personas. Dicha expansión se observa en jurisprudencia y normativa comunitaria europea, así como en jurisprudencia de diversos países. El anteproyecto adopta en este ámbito una línea de vanguardia, coherente y coordinada con las disposiciones del sistema jurídico argentino y con las que él mismo prevé.

El anteproyecto da un paso más hacia adelante en el camino de la protección de las personas vulnerables y, específicamente, prevé la aplicación del principio de precaución para inhibir la producción de bienes o servicios que generen riesgo de daños a consumidores o usuarios.

La disposición prevista en el numeral 9 del art. 5° del anteproyecto debe leerse en forma dialogada con otros principios consagrados por la misma norma y con otras disposiciones de dicho cuerpo normativo.

Si bien todos los principios dispuestos por el art. 5° del anteproyecto se encuentran interrelacionados, en particular, con el *principio de respeto de la dignidad de la persona humana*, la conexión con alguno de ellos es más intensa.

En efecto, el numeral 8 del art. 5° establece el *principio de prevención de riesgos*, el cual impone al Estado y los proveedores actuar preventivamente cuando exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de bienes o servicios que afecten la salud o seguridad de los consumidores.

De la interpretación coordinada de los principios de prevención de riesgos y de precaución, surge que la incertidumbre científica no debe configurar un fundamento o razón para no inhibir la provisión de bienes o servicios que generen riesgos de daños a la salud o seguridad de los consumidores y usuarios.

Otro principio con conexión directa con el principio de precaución es el *principio de consumo sustentable*. En línea con el art. 1094 del Cód. Civ. y Com., el anteproyecto consagra dicho principio en el numeral 5 del art. 5°, según el cual “El sistema de protección del consumidor (...) impulsa la protección ambiental y en particular el consumo y la producción sustentables, en función de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Para ello, entre otras medidas, favorece la minimización del uso de materias primas y energías no renovables, así como la generación de la menor cantidad de residuos y el aumento del uso de energías o materias primas renovables o producto de reciclaje”. La vinculación directa entre consumo y medioambiente determina que el principio precautorio para la protección de la salud y seguridad de consumidores y usuarios debe aplicarse en situaciones de riesgos de daños al medioambiente que generen los productos y servicios destinados a las relaciones de consumo (42).

A su vez, el *principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad*, enunciado por el numeral 6 del art. 5° del anteproyecto, se coordina con el principio de precaución. Dicho texto normativo expresa: “El sistema de protección el consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas,

---

(42) Véase, STIGLITZ, G., “El principio de acceso al consumo sustentable”, en STIGLITZ, G. - HERNÁNDEZ, C. A., *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 321; HERNÁNDEZ, C. A. - FRUSTAGLI, S., “Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo”, *Revista de Derecho Ambiental*, No. 55, julio-setiembre 2018, ps. 57 y ss.; GONZÁLEZ, L., “La sustentabilidad y el consumo”, en PICASSO, S. - VÁZQUEZ FERREYRA, R. (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 133 y ss.

niños y adolescentes, personas mayores, enfermas, o con discapacidad, entre otras”.

La aplicación coordinada de dicho principio y del principio de precaución determina que ante riesgos de daños a consumidores y usuarios en situación de hipervulnerabilidad la precaución se intensifique. La certidumbre científica debe considerarse en forma ponderada en esos supuestos, por lo cual la incertidumbre científica mínima impone la inhibición de conductas con riesgo de daños hacia hipervulnerables.

#### IV. Precaución y obligación de informar

El principio de precaución para la protección de consumidores y usuarios impacta directamente en el ámbito de la obligación de informar a cargo del proveedor. La información tiene una función preventiva de daños a consumidores y usuarios. El proveedor debe informar los riesgos para la salud y seguridad de los productos o servicios que introduce en el mercado.

El contenido de la obligación del proveedor de informar a consumidores y usuarios se ha ido profundizando. Se debe informar no solo a los consumidores y usuarios medios, sino a todos los posibles sujetos que participen en una relación de consumo como destinatarios finales o en función de ella, en especial, a las personas en situación de vulnerabilidad. El proveedor está obligado a informar sobre los riesgos específicos que presenten los productos o servicios que introduzca en el mercado; no le basta con informar riesgos genéricos de los productos o servicios para cumplir su obligación de información. La información debe estar presente en todos los ámbitos de la relación de consumo; cae la regla del intermediario experto (43).

En dicho contexto y en coordinación con los principios enunciados, siguiendo la línea antes mencionada, el art. 12 de anteproyecto dispone la obligación general de informar a cargo del proveedor: “En el decurso de la relación de consumo, los proveedores están obligados a suministrar al consumidor información clara, pre-

cisa, completa, veraz y comprensible respecto de las características esenciales de los bienes y servicios que ofertan o proveen, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante en razón de su naturaleza y particularidades. Esta obligación comprende todas las informaciones sobre riesgos, incertidumbres y cuestiones ambientales establecidas en el artículo 11 en tanto fueren pertinentes”.

A su vez, el artículo 11 del anteproyecto, al cual reenvía el art. 12, establece la “obligación de generar información e interés para la seguridad de los consumidores”, según la cual el Estado y los proveedores “deberán realizar de manera progresiva todo lo necesario para generar, recopilar, investigar y producir información, inclusive la ambiental pertinente, que sea de interés para la seguridad de los consumidores. Asimismo, están obligados a difundirla y ponerla a disposición del pública de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible, comprensible y actualizarla de manera periódica”.

Los arts. 11 y 12 del anteproyecto deben interpretarse en forma coordinada con los arts. 14 numeral 2 (contenido mínimo) y 17 (deberes de protección y seguridad).

De acuerdo con el 14 numeral 2 del anteproyecto, el proveedor debe informar a los consumidores y usuarios respecto de los bienes o servicios que introduzca en el mercado “los riesgos e incertidumbres que entraña su utilización”, lo cual es considerado un contenido mínimo de la obligación de informar.

Por su parte, el art. 17 del anteproyecto prevé la obligación de los proveedores de “adoptar las medidas necesarias para proteger la persona y bienes”, garantizando “la inocuidad de los bienes y servicios incorporados al mercado”.

El art. 17 establece, además, contenidos de la obligación de informar a cargo del proveedor. En su inc. 3º, prevé: “En el caso de bienes o servicios que puedan suponer un especial riesgo para la salud o integridad física de los consumidores, deberán extremarse los mecanismos de seguridad en su comercialización y las instrucciones e información tendientes a garantizar su seguridad que deben ser presentadas de ma-

(43) Sobre dichos aspectos, véase MARIÑO LÓPEZ, A., “La transformación de la obligación de informar al consumidor. Incidencia del paradigma de la precaución en el Derecho del consumo”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6, 2009, p. 875.

nera ostensible y, en su caso, utilizando signos de alerta universalmente reconocidos. (...)”

En su inc. 4º, la referida norma agrega: “La comunicación del riesgo debe ser transparente, precisa y adecuada, debe ser comunicada al público sin dilaciones a los fines de disminuir las consecuencias dañosas y su llegada y comprensión por parte de todos los sectores sociales deben estar garantizadas”. A continuación, el inciso siguiente complementa la disposición enunciada: “Las advertencias sobre riesgos deben ser especialmente individualizadas y destacadas para favorecer su identificación como tales por parte de los consumidores”.

De la coordinación de las normas referidas a la obligación de informar a cargo del proveedor antes indicadas con el principio de precaución previsto por el art. 5º numeral 9 del anteproyecto surge, para el caso de incertidumbre científica sobre la inocuidad del producto o servicios que provee, la obligación de informar a los consumidores y usuarios que los riesgos que una parte de la comunidad científica considera que el producto o servicio producen.

El principio de precaución da un nuevo contenido a la obligación de informar. Si la incertidumbre científica sobre los riesgos de daños a consumidores y usuarios de un producto o servicio no es obstáculo para inhibir la circulación de estos, una interpretación coherente del sistema de normas de protección a consumidores y usuarios impone al proveedor la obligación de informar sobre los riesgos de daños que la comunidad científica considera que producen, aun cuando sea una parte minoritaria de esta la que lo sostenga. Todos los riesgos de daños a consumidores y usuarios deben ser informados.

El incumplimiento de la obligación de informar por parte del proveedor tiene como consecuencia que el producto o servicio que introduce en el mercado sea defectuoso por padecer de un defecto de información (arts. 110 y 111 del anteproyecto). Como consecuencia, si el producto o servicio defectuoso por defecto de información causa daños a consumidores o usuarios se aplica el régimen previsto para los “Daños causados por productos o servicios defectuosos” dispuesto por los arts. 108 a 116 del anteproyecto.

## Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C. - BULYGIN, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- ALEXY, R., “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, *Doxa*, nro. 5, 1988.
- BELTRÁN VILLALBA, M., “Sobre la confianza en una ciencia secularizada”, en RAMOS TORRE, R. - GARCÍA SELGAS, F. (dirs.), *Globalización, riesgo, reflexividad*, CIS, Madrid, 1999.
- BESTANI, A., *Principio de precaución*, Astrea, Buenos Aires, 2012.
- CAFFERATA, N. A., “Principios de Derecho Ambiental”, JA 2006-II-1142.
- “Teoría de los principios de derecho ambiental”, *www.cima.com.ar*.
- CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, UTEHA, Buenos Aires, 1944, t. I.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, H., “El principio de precaución”, *Revista Crítica de Derecho Privado* nro. 9, 2012.
- “El principio precautorio en el Derecho de daños al medio ambiente”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 8, 2011.
- ESPOSTO, E., “Autopoiesis”, en CORSI, G. - ESPOSTO E. - BARALDI, C., *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Anthropos, México, 1996.
- FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, 2004, t. IV.
- GONZÁLEZ, L., “La sustentabilidad y el consumo”, en PICASSO, S. - VAZQUEZ FERREYRA, R. (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III.
- HERNÁNDEZ, C. A. - FRUSTAGLI, S., “Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo”, *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 55, julio-setiembre 2018.
- JAYME, E., “O direito internacional privado do novo milenio: a proteção da pessoa humana face à globalização”, en LIMA MARQUES, C. -

- ARAÚJO, N., (organizadoras), *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*, Río de Janeiro, Renovar, 2005.
- LIMA MARQUES, C., “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de Fuentes”, en STIGLITZ, G. - HERNÁNDEZ, Carlos A., *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I.
- “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoría geral do direito: un tributo a Erik Jayme”, en LIMA MARQUES, C. (coord.), *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação do direito brasileiro*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- LORENZETTI, R. L. - LORENZETTI, P., *Derecho Ambiental*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.
- LORENZETTI, R. L., *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.
- LUHMANN, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Anthoropos, Barcelona, 1991.
- MARIÑO LÓPEZ, A., “Bases del Derecho de daños al medio ambiente. Aportes para la construcción de acuerdos regionales en América Latina”, *Anuario Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXVI.
- *Los fundamentos de la responsabilidad contractual*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2005.
- “La transformación de la obligación de informar al consumidor. Incidencia del paradigma de la precaución en el Derecho del consumo”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6, 2009.
- MIRANDA VALVERDE TERRA, A., “Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional”, en SCHREIBER, A. - KONDER, C. N., *Direito Civil Constitucional*, Atlas, São Paulo, 2016.
- PERLINGIERI, P., *El derecho civil en la legalidad constitucional*, Dyckinson, Madrid, 2008.
- RAMOS RIBAS SOARES, F. - VAGO MATIELI, L. - DA MOTA GOMES DE SOUZA DUARTE, “Unidade do ordenamento na pluralidade das fontes: uma crítica à teoria dos microsistemas”, en SCHREIBER, A. - KONDER, C. N., *Direito Civil Constitucional*, Atlas, Sao Paulo, 2016.
- REYES LÓPEZ, M. J., *Manual de Derecho Privado de Consumo*, La Ley, Madrid, 2009.
- SALVADOR CODERCH, P. - SEUBA TERREBLANCA, J. C. - RAMOS GONZÁLEZ, S. - LUNA YERGA, A., “*Neminen laedere*, principio de cautela y red de alerta”, *Indret, Working paper* nro. 40, enero 2014, [www.indret.com](http://www.indret.com).
- SANTILLO, D. - JOHNSTON, P., “Principio de precaución y evaluación del riesgo”, en RIECHMANN, J. - TICKNER, J. (coords.), *El principio de precaución. En medio ambiente y salud pública: de las definiciones a la práctica*, Icaria, Barcelona, 2002.
- SOZZO, G. - BERROS, M.V., “Una agenda para el principio precautorios”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 6, 2009.
- STIGLITZ, G., “El principio de acceso al consumo sustentable”, en STIGLITZ, G. - HERNÁNDEZ, C. A., *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I.
- TOVAGLARE, F. - VAN ROMPAEY, L. - BARBIERI, L., *Aplicación directa de principios y normas constitucionales*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2016.
- VON BERTALANFFY, L., *Teoría General de los Sistemas*, Fundación de Cultura Económica, México, 1976.



**ANEXO**  
.....



# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

---

Buenos Aires, 6 de Diciembre de 2018

A los Sres. Ministros de la Nación  
de Justicia y Derechos Humanos  
Dr. Germán GARAVANO  
de Producción y Trabajo  
Lic. Dante SICA

S / D

Carlos Alfredo HERNÁNDEZ —en calidad de integrante y coordinador—, Gabriel Alejandro STIGLITZ, Fernando BLANCO MUIÑO, María Eugenia D'ARCHIVIO, María Belén JAPAZE, Leonardo LEPÍSCOPO, Federico Alejandro OSSOLA, Sebastián PICASSO, Cósimo Gonzalo SOZZO, Carlos Eduardo TAMBUSI, Roberto VÁZQUEZ FERREYRA, Javier Hernán WAJNTRAUB, tenemos el agrado de dirigirnos a Uds., a fin de elevar para su consideración el “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, cuya elaboración fuera encomendada el año próximo pasado desde la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor dependiente del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, y luego articulada con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco del Programa “Justicia 2020” (<https://www.justicia2020.gob.ar/eje-civil/reforma-la-ley-defensa-del-consumidor/>).

El trabajo que hoy presentamos es fruto de múltiples encuentros, que comenzaron a realizarse periódicamente en la sede de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor en el transcurso del segundo semestre del año anterior y el primer semestre del corriente año, y

posteriormente en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Luego de evaluar diversas posibilidades, y en función de las propuestas de los distintos integrantes de la Comisión y del Sr. Director Nacional de Defensa del Consumidor, se concluyó de manera unánime en la necesidad de proyectar una reforma integral de la ley 24.240. Ello debido a varias razones: las diversas modificaciones de la que esta ley fue objeto en el lapso de los 25 años de su vigencia; las importantes incorporaciones sobre los derechos del consumidor efectuadas en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994, que entró en vigencia el 1º de Agosto de 2015); los trascendentes cambios que se han producido en estos últimos años en el fenómeno del consumo masivo de bienes y servicios; el impacto de las nuevas tecnologías; la normativa internacional, y también los Convenios multilaterales de los que la Argentina es parte; y la cada vez mayor tutela de los derechos de los consumidores a nivel nacional, en razón de lo establecido en el artículo 42 de nuestra Constitución Nacional, entre muchas otras.

La propuesta ha partido del texto vigente —en cuya tradición se inscribe y rescata la experiencia de su aplicación y funcionamiento— y guarda estrecha relación y armonía con el núcleo de normas tuitivas de los consumidores existentes en los artículos 1092 a 1122 del Código Civil y Comercial, y las restantes que de manera particular regulan aspectos específicos de las relaciones de consumo en el articulado de

dicho cuerpo legal; todo ello a la luz de los principios emergentes de la Constitución Nacional.

La elevación que aquí se formaliza, además del articulado, contiene los principales “Fundamentos” en que se sustentan las diversas soluciones que se proponen, y que se acompañan a la presente, dejándose constancia que como producto colectivo deja a salvo las opiniones personales de sus integrantes.

El Anteproyecto que hemos elaborado se sugiere se ponga consideración de la comunidad, a fin de que se efectúen las propuestas y observaciones que se estimen pertinentes. Para ello, la Comisión considera que es absolutamente necesario lograr el más amplio consenso antes de su tránsito parlamentario, por lo cual el mecanismo de audiencias públicas u otras metodologías que Uds. entiendan pertinentes, resultarán de gran valor, poniéndose todos sus integrantes a vuestra disposición para cuanto fuera menester.

En cualquier caso, esta Comisión confía que el Anteproyecto que se presenta ante Uds. permita coadyuvar al progreso de nuestra Nación, puesto que ha buscado encolumnarse en la más moderna agenda de protección del consumidor a nivel global.

Sin otro particular, aprovechamos esta oportunidad para saludarlos con nuestra más distinguida consideración y respeto.

**MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS  
HUMANOS MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN  
Y TRABAJO**

**ANTEPROYECTO**

**LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Integrantes de la Comisión Reformadora:  
STIGLITZ, Gabriel Alejandro; BLANCO  
MUIÑO, Fernando; D'ARCHIVIO, María  
Eugenia; HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo;  
JAPAZE, María Belén; LEPÍSCOPO, Leonardo;  
OSSOLA, Federico Alejandro; PICASSO,  
Sebastián; SOZZO, Cósimo Gonzalo;  
TAMBUSSI, Carlos Eduardo; VÁZQUEZ  
FERREYRA, Roberto; WAJNTRAUB,  
Javier Hernán

**ÍNDICE GENERAL**

**TÍTULO I**

**SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

**Capítulo 1 - El sistema de protección del consumidor**

Sección 1ª - Ámbito de protección del consumidor.

Sección 2ª - Principios.

Sección 3ª - Derechos.

Sección 4ª - Deberes

Parágrafo 1º - Regla general

Parágrafo 2º - Deber de Información.

Parágrafo 3º - Deberes de protección y seguridad

Sección 5ª - Prácticas abusivas.

Sección 6ª - Diálogo de las fuentes

**Capítulo 2 - Política de protección del consumidor**

**TÍTULO II**

**PROTECCIÓN CONTRACTUAL DEL  
CONSUMIDOR**

**Capítulo 1 - Disposiciones generales**

**Capítulo 2 - Protección antecontractual**

**Capítulo 3 - La oferta**

**Capítulo 4 - Publicidad**

**Capítulo 5 - Eficacia, ineficacia e incumplimiento**

**Capítulo 6 - Garantía por vicios de calidad por inadecuación**

Sección 1ª - Aspectos generales

Sección 2ª - Garantías.

Sección 3ª - Servicio técnico de cosas muebles.

Sección 4ª - Vicios ocultos y ruina en el ámbito inmobiliario

**Capítulo 7 - Contratos conexos**

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

## Capítulo 8 - Servicios al consumidor

### Sección 1ª - Aspectos generales

### Sección 2ª - Servicios de reparación

## Capítulo 9 - Contratación a distancia

## Capítulo 10 - Crédito para el consumo y tutela frente al sobreendeudamiento. Obligaciones cambiarias conexas

### TÍTULO III

#### USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

### TÍTULO IV

#### DAÑOS AL CONSUMIDOR. PREVENCIÓN DEL DAÑO, RESPONSABILIDAD Y SANCIÓN PUNITIVA

## Capítulo 1 - Prevención del daño

## Capítulo 2 - Daños causados por productos o servicios defectuosos

## Capítulo 3 - Daños causados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor

## Capítulo 4 - Sanción punitiva

### TÍTULO V

#### DISEÑO INSTITUCIONAL

## Capítulo 1 - Asociaciones de defensa del consumidor

## Capítulo 2 - Autoridad de aplicación

## Capítulo 3 - Del Consejo Federal del Consumo

## Capítulo 4 - Defensa administrativa del consumidor

## Capítulo 5 - Protección Judicial del Consumidor

### Sección 1ª - Acciones individuales

### Sección 2ª - Procesos colectivos de consumo

## Capítulo 6 - Prescripción liberatoria

### TÍTULO VI

#### DISPOSICIONES FINALES

## FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO

### I. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

#### I.1. El sentido de la reforma que se propone

La Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (LDC) fue resultado de diferentes proyectos legislativos, de modo especial, el elaborado por los Dres. Atilio A. Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz (1), que buscaron cristalizar interesantes aportes de la doctrina —especialmente civilista—. Pueden constatare pluralidad de antecedentes que van en esa dirección. Así, la compulsa de las revistas jurídicas de finales de la década del setenta y principios del ochenta registran estudios e investigaciones que refieren a cuestiones concernientes —directa o indirectamente— a la materia, en gran medida alentados por la nueva axiología que provenía de la reforma de la Ley 17.711 al Código Civil.

La LDC fue lamentablemente promulgada mediante el decreto de veto 2089/93. Su impacto no fue sólo cuantitativo sino también cualitativo al privarla de un régimen de garantía legal por buen funcionamiento de las cosas muebles no consumibles; de reglas especiales sobre responsabilidad por defectos; y de normas procesales tendientes a facilitar el acceso individual y colectivo de los consumidores al sistema judicial.

Ello explica que, a partir de su sanción y hasta la fecha, ha tenido importantes reformas, en gran medida enderezadas a respetar los estándares de tutela emergentes de la cláusula cons-

(1) ALTERINI, ATILIO A. recordaba que “En 1989 publicamos con Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz el trabajo ‘El estatuto del consumidor en el marco de un proyecto de Ley’; el diputado Marcos Di Caprio lo presentó a la Cámara de Diputados y fue la base de la sanción de ese cuerpo del 27 de setiembre de 1990. El Senado le introdujo modificaciones el 9 de setiembre de 1992, volvió a la Cámara de Diputados, que el 30 de junio de 1993 puso otra vez mano en el proyecto, y el Senado, por fin, aprobó la propuesta de aquella Cámara y sancionó la Ley el 22 de setiembre de 1993. El trámite de la Ley pareció un larguísimo encuentro de tenis de Grand Slam o de Copa Davis con cinco sets de siete años de duración —pues abundaron las idas y vueltas—; en “*Las reformas a la Ley de defensa del consumidor. Primera lectura 20 años después*”, La Ley, 2008-B-1239.

titucional de protección del consumidor —artículo 42 de la Constitución Nacional—.

Así, se sucedieron diferentes ciclos de reformas. Antes del dictado del nuevo Código Civil y Comercial (CCC), se encuentran las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361. Posteriormente se dictó la Ley 26.993, que sin perjuicio de tener por objeto la creación del “Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, modificó los artículos 36, 40 bis y 45, e incorporó bajo la técnica de la “novelación” al artículo 54 bis.

La fase de mayor relevancia, sobrevino con el CCC —aprobado por la Ley 26.994—, que tiene impacto directo e indirecto sobre la LDC, por vía de modificación, coordinación o complementación.

Pese a ello, el ciclo de reformas legislativas no quedó clausurado, como lo demuestra la irrupción de algunas modificaciones habidas al texto legal desde la entrada en vigencia del CCC. Se trata de dos enmiendas y el agregado de un nuevo artículo. Las dos primeras versan sobre la obligación de información (artículo 4 LDC, Ley 27.250), y el control de inclusión de los contratos por adhesión (artículo 38 LDC, Ley 27.266); por su parte, el nuevo artículo 10 quater LDC, Ley 27.265, concierne a la facultad rescisoria a favor del consumidor.

A través de esta reseña, queda claro que la LDC se ha presentado en estos veinticinco años de vigencia, como un instrumento útil para canalizar los intereses de los consumidores frente a las cambiantes exigencias económico-sociales.

Sin embargo, los reclamos de mayor eficacia, obligan a avanzar en una resistemización de la LDC, en sintonía con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y el CCC, a fin de dotarla de una parte general que se articule con las relaciones particulares de consumo —aún de aquellas que se mantienen en leyes especiales—, en clave multidisciplinar, con el propósito de brindarle herramientas para los desafíos del presente y del futuro, tales como la tutela de la hipervulnerabilidad, la perspectiva de identidad y género que impone el tiempo actual, el acceso al consumo y a la información, la contratación electrónica, el sobreendeudamiento, la dimensión preventiva y colectiva —con el consecuente

fortalecimiento de las asociaciones de consumidores y de las autoridades de aplicación—, entre muchas otras.

En cualquier caso, el norte debe ser la búsqueda de la eficacia, y la toma de postura frente a esos interrogantes, que debe quedar condicionada a ese propósito.

## **1.2. El método propuesto y las fuentes consultadas**

La propuesta que aquí se presenta, se articula en seis (6) Títulos: “Sistema de protección del consumidor” (I); “Protección contractual del consumidor” (II); “Usuarios de servicios públicos domiciliarios” (III); “Daños al consumidor. Prevención del daño, responsabilidad y sanción punitiva” (IV); “Diseño institucional” (V); y “Disposiciones finales” (VI).

Cuentan con diferentes Capítulos, y en ocasiones éstos se dividen a su vez en Secciones.

La metodología seguida tiene diferentes propósitos.

Busca construir una teoría general, ordenando los elementos centrales del “Sistema de protección del consumidor” —relación de consumo, principios, derechos, deberes y diálogo de fuentes—, para luego ingresar a aquellos ejes que hacen a la transversalidad del Derecho del Consumidor, como el régimen de los contratos, los servicios públicos domiciliarios, los daños y la tutela procesal y administrativa.

Asimismo, propende a articular reglas y principios, a fin de responder a la complejidad del siglo XXI, caracterizado por la globalización, la revolución tecnológica y la flexibilidad de las instituciones y de los paradigmas. En este sentido, la propuesta se encuentra claramente en línea con el modelo emergente del CCC, elaborado a partir del Anteproyecto de 2012 por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, y coordinada por el Dr. Federico De Lorenzo.

Entre los antecedentes y fuentes principales, se destaca como punto de partida a la LDC —con sus diferentes reformas—, a fin de preservar la valiosa tradición jurídica que la misma ha generado en estas dos décadas y media de vigencia.

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

A ella se agregan:

- Las “Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor”, revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186 del 22 de diciembre de 2015;

- Las normas desarrolladas en los sistemas de integración, como el del MERCOSUR y de la UNIÓN EUROPEA;

- Diferentes recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE);

- La normativa de protección del consumidor latinoamericana, tales como el Código de “Defensa del Consumidor” del Brasil, y el de “Protección y defensa del Consumidor” de Perú; la Ley 19.496 sobre “Normas de Protección de los Derechos de los Consumidores”, de Chile; la Ley 1.334 de “Defensa del Consumidor y del Usuario” de Paraguay; la Ley 17.250 sobre “Relaciones de Consumo. Defensa del Consumidor” de Uruguay; y la 453 de “Derechos de las Usuarías y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores” del Estado Plurinacional de Bolivia, entre otras;

- Normas especiales de países europeos, tales como el Código del Consumo italiano, Code de la Consommation, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España (Real decreto legislativo 1/2007), entre otras;

- Las leyes Nacionales: 26.378, “Convención de Personas con Discapacidad”; 26.485, “Sobre protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres”; 26.687, “Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco”; 27.442, “Defensa de la Competencia”; 27.360, “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”; entre otras. También han sido consultadas diversas leyes provinciales referidas a la materia;

La Comisión ha ponderado especialmente la doctrina judicial consolidada en estas últimas décadas, en particular la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y la doctrina autoral, individual y colectiva; esta última expresada en

las recomendaciones o conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil y del Congreso Argentino de Derecho del Consumidor.

Del mismo modo, se ha nutrido de la experiencia de las autoridades de aplicación, considerando el carácter federal de nuestro régimen de control administrativo.

## I.3. El alcance de la relación de consumo

El Anteproyecto propone partir de la noción de relación de consumo, a la que tipifica de modo amplio a partir de la enunciación de sus fuentes. Entre sus elementos, busca delimitar con precisión el alcance de la categoría de consumidor, alcanzando al sujeto expuesto a los efectos de la información, la publicidad, las prácticas abusivas y la seguridad, procurando zanjar las disputas que aún existen en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia. De este modo, se sigue al despacho I.2. —aprobado por unanimidad— de la Comisión N° 8 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, Octubre de 2013), en donde se dijo que “la categoría de consumidor y usuario reconocida en nuestro ordenamiento jurídico comprende al destinatario final de bienes y servicios, y al expuesto a la relación de consumo. Esta última figura amplía la categoría conceptual del consumidor y usuario con sustento en la función preventiva y reparatoria que despliegan numerosos institutos del Derecho del Consumidor y se justifica también por la proyección colectiva que suele tener la afectación de sus derechos” (ver <http://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-28-XXIV-Jornadas-2013.pdf>).

## I.4. Reglas, deberes y principios en el contexto del diálogo de fuentes

La metodología propuesta implica una jerarquización de los principios.

Con tal propósito se alude al “orden público” en miras de reforzar el “principio protectorio”, haciéndolo especialmente aplicable a las “situaciones de hipervulnerabilidad”. Se alude además, a los principios de “acceso al consumo”, “transparencia de los mercados” y “consumo sustentable”, y en el marco de las relaciones entre el Derecho del Consumidor y los

Derechos Humanos, se tipifica el “respeto de la dignidad de la persona humana”, el “principio antidiscriminatorio” y el principio “de progresividad y no regresión”. En esa misma dirección personalista, se recoge el “principio de prevención de riesgos”, y el de “precaución”, brindando así otro punto de contacto entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental.

Esta mirada supone reconocer el dinamismo del mercado y de la tecnología, que provoca con rapidez la obsolescencia de las reglas jurídicas. De este modo, el operador del derecho contará en el campo de las relaciones de consumo con un número amplio de normas abiertas a las que podrá recurrir frente a situaciones no regladas.

Por lo demás, y desde la perspectiva de la efectividad de los derechos del consumidor, el Anteproyecto parte de dos pilares que pueden calificarse como esenciales: la información y la seguridad.

Hoy se asiste a un fenómeno de expansión prestacional, ya que el acabado cumplimiento de lo que constituye la prestación nuclear de un deber jurídico (en especial, los de contenido patrimonial), suele depender de la información que se haya brindado y la seguridad que se proporcione. Así las cosas, los deberes de informar y de seguridad se elevan cualitativamente, constituyendo más que simples deberes accesorios de conducta. El legislador que sancionó la LDC tuvo en cuenta esta situación, regulando ambos deberes en los primeros artículos de dicha ley.

En relación al deber de informar, una de las tantas virtudes del artículo 4 de la LDC (pese a las sucesivas modificaciones de las que ha sido objeto) es su parquedad y vocación de generalidad. A partir de dicha norma se fue construyendo una suerte de “Teoría General” del deber de informar, que luego se irradió hacia todo el ordenamiento jurídico.

Entre otras fuentes, se han consultado especialmente: las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor; las Resoluciones del Mercosur 124/96, 125/96, 01/10; el Código de “Defesa do Consumidor” de Brasil; el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España; y diversas leyes latinoamericanas citadas precedentemente.

El deber de informar comprende dos momentos causales: el deber jurídico en sí mismo, que en muchos casos adquiere la categoría de obligación; y la posterior emisión del consentimiento por quien ha sido informado de manera adecuada, generándose el denominado consentimiento informado; locución que se emplea en la relación médico-paciente, pero que es trasladable a todas las relaciones jurídicas en las que se presenta el fenómeno de la transmisión de la información.

Debe advertirse que el artículo 4 de la LDC ha sido el que mayores modificaciones ha experimentado a lo largo de los 25 años de su vigencia, lo que revela la importancia de la problemática y la ausencia de criterios definidos.

En el Anteproyecto se jerarquiza de manera notable el deber de información, y se lo expande, pues no se lo limita exclusivamente a la relación jurídica entablada entre el proveedor y el consumidor.

Por ello, en primer término, se garantiza el acceso a la información por parte de los consumidores, siendo los obligados a transmitirla el Estado y los particulares (cada uno de ellos, en su propia situación jurídica y con diversos alcances). Se establece la extensión de este derecho; los mecanismos que pueden emplearse; los casos en que se encuentra limitado; se concretan los deberes específicos del Estado; y se consagra una norma especial tendiente a recopilar, procesar y brindar información en general relativa a la seguridad de los consumidores.

En segundo lugar, se regula la “obligación general de informar” a cargo del proveedor. Se ha pretendido expandir la regulación originariamente establecida en el artículo 4 de la LDC, disponiéndose tanto sobre los elementos esenciales de dicho deber jurídico, como en los aspectos atinentes a su cumplimiento, y los principales efectos del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso.

La idea que preside estas normas es mantener su carácter de regulación “general” de este trascendente deber jurídico, un epicentro normativo a la luz del cual deben interpretarse y aplicarse las innumerables normas que regulan diversos deberes de informar al consumidor en situaciones jurídicas concretas, que no sólo se encuentran



## Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

contempladas en esta Ley, sino en multiplicidad de normas específicas (seguros, medicamentos, alimentos, etc.). Se evita, así, un casuismo innecesario, que por definición es incompleto, y suele resultar distorsivo. Una norma general permite dotar de flexibilidad y dinamismo a la figura, a fin de permitirle adaptarse sin mayores dificultades (ni necesidad alguna de reforma) a los cambios que naturalmente ocurren en esta materia, sobre todo en las leyes especiales.

Se dice que la información es un deber de hacer con el objetivo de comprender no sólo las obligaciones específicas de informar, sino también otros deberes colaterales, secundarios y accesorios, que se rigen por las reglas de las obligaciones de hacer.

De allí que, técnicamente, existe cumplimiento de la obligación de informar si se arriba a dicha instancia. Cuando ello no acontece, habrá incumplimiento, que podrá haberse producido por causas imputables al proveedor, al consumidor mismo, o a un hecho ajeno, con los efectos generales que en cada caso corresponde.

Se establece el factor de atribución objetivo, para el caso de responsabilidad del proveedor, razón por la cual la prueba de la diligencia no exime en este punto: solamente el hecho ajeno, incluso, el del propio consumidor. Vale aclarar que los deberes de colaboración del consumidor se agravan aquí de manera notable, ya que está exclusivamente a su cargo desarrollar el proceso de decodificación de la información que le ha sido transmitida, si esto último ha sido obrado por el proveedor de manera adecuada.

Se dispone respecto a la carga de la prueba del cumplimiento, que pesa sobre el proveedor, deudor de la obligación de informar.

Finalmente se consagran los efectos esenciales del incumplimiento, sin perjuicio de los que se dispongan en otras leyes generales o especiales, y en función de la situación que se presenta en cada una de las etapas de la relación de consumo.

Por lo demás, el Anteproyecto responde al fuerte interés social por garantizar la seguridad de los bienes y servicios que se comercializan como una forma de resguardar el derecho a la salud de los consumidores y de afianzar su

calidad de vida, consolidando y extendiendo la regla legal de los artículos 5 y 6 de la LDC, tornando aún más operativa la manda del artículo 42 de la Constitución Nacional.

El derecho fundamental a la seguridad es situado en el marco de la relación de consumo, y más allá de las fronteras del contrato de consumo, en sintonía con la profusa aplicación jurisprudencial habida sobre la materia.

Se ha procurado afirmarlo en beneficio de los consumidores y usuarios, con un despliegue claramente preventivo, aunque abierto a la tutela resarcitoria.

Sobre la materia, se ha tomado en consideración al Código brasileño (artículos 8 a 11), y a la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo “relativa a la seguridad general de los productos”.

### **1.5. Profundización de la protección del consumidor frente a las prácticas abusivas**

Por tratarse de un área temática de fuerte relación con los Derechos Humanos, se ha ponderado especialmente el proceso de constitucionalización de los Derechos del Consumidor en miras de profundizar la tipificación y sus efectos. Se ha partido del régimen de la LDC (arts. 8 bis y 32 y concordantes), y del CCC (artículos 51 y siguientes, y 1096 a 1099), en diálogo con algunas leyes especiales sobre ciertas relaciones de consumo.

También se han considerado diferentes modelos emergentes del Derecho Comparado, latinoamericanos y europeos, entre los que se destacan el “Código de Defensa do Consumidor” de Brasil (artículos 39 y siguientes) y las Directivas 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, y 2005/29/CE del 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

Se aclara que aunque la terminología utilizada para la categoría resulta dispar en el Derecho Comparado, se ha preferido preservar la de “Prácticas abusivas”, que cuenta con consenso en nuestro ámbito.

## II. PROTECCIÓN CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR

### II.1. Articulación del régimen del contrato de consumo del CCC con la LDC

En materia contractual, la reforma del CCC significó un importante avance en la regulación de los contratos de consumo. Prueba de ello, es la metodología seguida por dicho sistema de normas, en cuanto emplaza la categoría del consumidor como un Título especial (IV) entre la “teoría general del contrato” y los “contratos en particular”. En este Anteproyecto se ha reconocido dicho progreso, lo que se propone articular mediante una norma de integración.

Sin embargo, se juzga que aún subsisten cuestiones que merecen ser reguladas o ajustadas, en especial como consecuencia de la aceleración de los cambios tecnológicos y sociales.

En el diseño de este Título, se ha partido de la experiencia consolidada por la LDC, con sus sucesivas reformas, y en la metodología general seguida por este Anteproyecto se ha privilegiado la articulación de reglas y principios, ponderando la eventual obsolescencia que podría padecer rápidamente un régimen rígido.

La propuesta se ordena en diez (10) Capítulos, y comienza con uno dedicado a “Disposiciones generales” que marca la sintonía de la regulación.

Las reformas principales propenden a:

- Precisar el alcance del principio de obligatoriedad del contrato de consumo, y en consecuencia, de las facultades de revisión judicial. En este punto se profundiza la línea del CCC (artículos 959 y 960);

- Potenciar la significación de los principios generales, en las diferentes etapas del iter contractual, y también para la integración del contrato. Para esta última cuestión se ha seguido al artículo 65 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España. Se destaca que con ello también se persigue reconocer a la dimensión extrapatrimonial del contrato de consumo, en sintonía con la tendencia iniciada por el CCC (ver artículo 54);

- Exigir que el consumidor exprese su voluntad de modo inequívoco, sea para consentir como para extinguir. Aquí se generaliza la solución del artículo 35 de la LDC, en concordancia con el artículo 62 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España;

- Reivindicar a la forma del contrato de consumo como un importante mecanismo de protección. En líneas generales se preserva la regla del artículo 10 de la LDC, de conformidad con el artículo 1106 del CCC, y con algunos agregados que provienen también del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España (artículo 63);

- Avanzar en la protección antecontractual, en el régimen de la oferta y la publicidad. En materia de oferta se han seguido a los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (regla 2.201), a los Principios de UNIDROIT (regla 2.1.1) y al artículo 30 del “Codigo de Defesa do consumidor” de Brasil. Para su obligatoriedad se ha considerado al Proyecto de Código Civil de 1998 (artículo 925). En lo que hace a la caracterización de publicidad abusiva, se ha seguido al artículo 37 del citado cuerpo legal brasileño;

- Fortalecer el control de inclusión de los contratos de consumo. Aquí, no sólo se partió del artículo 10 de la LDC, sino también a la reciente reforma de su artículo 38;

- Preservar la tradición iniciada por el Proyecto de Reformas al Código Civil de 1987, luego trasegada a la LDC, y más recientemente al CCC, en orden al control de contenido de las cláusulas abusivas. Sin embargo, se ha juzgado de interés incorporar algunos pocos estándares, provenientes del Derecho Europeo y Latinoamericano (ver artículos 85 y 90 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, y del artículo 51, inc. XIV del “Código de Defesa do Consumidor” de Brasil), en miras de una mayor eficacia;

- Ajustar las reglas relativas al control administrativo, coordinando los artículos 38 y 39 LDC, con la terminología usualmente aceptada por nuestra doctrina, resultante ahora del CCC. En el mismo sentido, puede verse lo propuesto sobre el régimen de incumplimiento (artículo 10

bis LDC), y para la rescisión de los contratos de duración de servicios (artículo 10 quater LDC);

- Mejorar el régimen de vicios, que es resistematizado por un sistema de garantía por vicios de calidad por inadecuación, ámbito en donde se ha seguido la experiencia del Código brasileño (artículos 19, 20, 24, entre otros). Entre muchas otras cuestiones, se elevan los plazos en materia mobiliaria —de acuerdo a la tendencia del Derecho Comparado—, se articulan las garantías legales con las convencionales y con el régimen de incumplimiento;

- Explicitar en materia de conexidad contractual otros efectos a los previstos por el CCC, en miras de una mayor tutela. Al respecto se pondera la consagración de una regla expresa en materia de acción directa, que evita el impacto que puede tener la regla general del 736 del CCC.

## II.2. La necesidad de contar con nuevas reglas sobre comercio electrónico

El Anteproyecto también tiene por finalidad ampliar la protección del consumidor en los contratos a distancia. Sobre el particular, se destaca que el “Estudio de Comercio electrónico 2017” elaborado por la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE), indica que durante el citado año la facturación en comercio electrónico llegó a un monto de \$ 156.300 millones de pesos (un 52% más que el año anterior) y el 90% de los adultos argentinos que disponen de conexión a internet ya compró online al menos una vez (esto representa 18,3 millones de personas); <http://www.cace.org.ar>.

En ese contexto sociológico, se individualizaron las áreas principales de vacancia que resultaban de la LDC y del CCC, en miras de su integración. Para ello:

- Fueron seguidas las orientaciones emergentes de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, de modo especial para la “equiparación de derechos” (reglas N° 63 —último párrafo—); e “información acentuada del consumidor (regla N° 63);

- Se ha tomado en cuenta a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre “Determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información,

en particular el comercio electrónico en el mercado interior”, del 8 de Junio de 2000 —aunque atendiendo a las particularidades de nuestro régimen constitucional y legal—, en miras de la propuesta de regulación de la responsabilidad de los portales de subasta o ventas ‘on line’, cuya problemática ha repercutido en diferentes precedentes judiciales en nuestro ámbito (entre otros, el reciente caso “Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L. s/ ordinario”, proveniente de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, entre otros);

- Se han explicitado nuevos derechos, recogiendo aspectos de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (artículos 18. 20 y 22).

Finalmente se destaca que para esta temática, también ha sido tenida especialmente en cuenta el documento sobre “Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico Recomendación de la OCDE”, el Documento de la “Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo” del 24 de Abril de 2017, y el Documento de la “Comisión de Comercio y Desarrollo - Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor”, del 3 y 4 de julio de 2017.

## II.3. Crédito al consumo y protección del sobreendeudamiento

Sin perjuicio del significativo avance y del aporte que ha supuesto la regulación de los contratos bancarios en general y con consumidores en particular en el CCC (artículos 1378 a 1389), la operatoria de crédito que involucra a los consumidores excede el escenario y los contornos de aquellos contratos, por lo que se imponía una perspectiva ampliada que contemplara las prácticas empresarias del sector y las estructuras jurídicas utilizadas para formalizar los vínculos entre los proveedores de crédito y los consumidores.

No obstante, en el diseño de las normas propuestas, se han procurado soluciones coordinadas con las previstas en el Código unificado, que propicien el diálogo de fuentes como estrategia de resolución de las controversias que pudieran suscitarse.

El Anteproyecto asume el tratamiento de la problemática del crédito para el consumo, proponiendo una regulación de las principales aristas de conflicto. A efectos de la aplicación de las normas propuestas, se consagra un catálogo de presunciones legales *iuris tantum*, de existencia de contratos de crédito para consumo que pueden acudir en auxilio del intérprete al momento de resolver los litigios sobre la materia.

El principio de préstamo responsable, expresamente receptado, sigue los lineamientos de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2008 y los Dictámenes del Comité Económico y Social Europeo del 25 de octubre de 2007, del 28 de abril de 2010, del 29 de abril de 2014 y se traduce en deberes concretos en cabeza de los dadores de crédito o financiamiento, que son de cumplimiento necesario. Se deja establecido, por otra parte, que los costes derivados de una financiación o de préstamos acordados en infracción al principio mencionado serán soporados total o parcialmente por los proveedores o intermediarios de crédito.

La situación de sobreendeudamiento de los consumidores es asumida en el Anteproyecto, que la define y precisa sus presupuestos —objetivo y subjetivo—. La preocupación global por las graves consecuencias del endeudamiento excesivo de las economías domésticas justifica la previsión de políticas de protección del consumidor en el mercado de crédito y de programas especiales para colectivos hipervulnerables, con eje en la educación financiera, que se contemplan en el Capítulo correspondiente. Se explicita que la prevención y el saneamiento del sobreendeudamiento del consumidor deben ser políticas centrales, imponiéndose el diseño y la implementación de medidas de contenido sustancial y procedimental eficaces, cuyo ejercicio debe ser garantizado por las autoridades públicas.

El Anteproyecto avanza en la previsión de medidas de corte preventivo del sobreendeudamiento vinculadas a: la actividad publicitaria; la imposición de un contenido informativo mínimo que se replica de modo uniforme en los anuncios publicitarios, en toda documentación que se ofrezca o proporcione antes de contratar y en el contrato que finalmente se formalice; un deber de asistencia y asesoramiento particular

así como de advertencia; la ratificación de formalidades impuestas al contrato y previsiones respecto de los cambios que pudieran introducirse al contenido del mismo.

En particular, se reconocen expresamente al consumidor dos derechos que pueden contribuir a la prevención del endeudamiento excesivo; esto es: el derecho al pago anticipado del crédito o de la financiación acordada, y el derecho de arrepentimiento, regulándose el modo de ejercicio y los efectos derivados. En esa racionalidad, se prevé que, de acuerdo a las circunstancias, puede resultar abusiva la práctica empresarial por la que se estimule indebidamente el endeudamiento, al privar al consumidor de instancias de reflexión sobre la conveniencia, oportunidad y alcances del compromiso económico a asumir. Las normas propuestas siguen, en general, las previsiones contenidas en la Ley 16/2011 de 24 de junio, de “Contratos de crédito al consumo” de España y en alguna cuestión específica, la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores chilena, en coordinación con las directivas que emergen del CCC. Se han considerado también las conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión 8, apartado II).

Se ha juzgado necesario regular, en particular, el fenómeno de la conexidad contractual en la operatoria de crédito para el consumo. El Anteproyecto define el supuesto de vinculación entre el contrato de adquisición de bienes o de prestación de servicios y el contrato de crédito; aporta presunciones legales de configuración del supuesto y regula los efectos singulares de la conexidad contractual en la operatoria. Este último aspecto, tiene una importante significación en orden a resolver la conflictividad de la que daban cuenta la doctrina y la jurisprudencia. Se han considerado como antecedentes, la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2008, la Ley 16/2011 de 24 de junio, de “Contratos de crédito al consumo” de España y el Proyecto de Ley de Reforma al “Código de Defensa do Consumidor” de Brasil. Se han tenido también en cuenta las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión N° 3).

El Anteproyecto asume la regulación del pagaré de consumo, admitiendo que las deu-

das dinerarias que emergen de la relación de consumo, pueden instrumentarse en un título susceptible de integración, con aptitud ejecutiva. Se establece el orden de prelación de las normas aplicables, ratificándose el principio de interpretación más favorable para el consumidor. Se exige que el título contenga la información mínima allí establecida por lo que, como regla, la inobservancia de los requisitos mencionados, torna inhábil al pagaré como título ejecutivo; defensa que alcanza a la situación jurídica abusiva.

Se admite que el título pueda integrarse con otros documentos firmados por el consumidor de los que surja el cumplimiento de la totalidad de los requisitos impuestos por norma. Ahora bien, a fin de estimular prácticas leales y la buena fe procesal, se impone al ejecutante que pretenda integrar el título base de la ejecución, aportar la documentación complementaria en oportunidad de interponer la demanda ejecutiva pues vencida aquella oportunidad procesal precluye el ejercicio de aquella facultad. Se procura con ello, desalentar ejecuciones en las que pueda especularse con la posibilidad de que el consumidor ejecutado no se presente o no oponga excepciones, ó que sólo en caso de hacerlo, el ejecutante ofrezca el total de los elementos que permitan juzgar la procedencia de la acción ejecutiva intentada. Atento a las particularidades de la operatoria, se deja establecido que este régimen alcanza al supuesto en que el pagaré de consumo haya sido transmitido a un tercero.

Cobra especial relevancia en este contexto normativo, el rol del juez que debe aplicar una norma de orden público, que ante el silencio del ejecutante puede acudir a las presunciones vinculadas a la existencia de una operación de crédito para el consumo, que debe velar por el estricto cumplimiento de las normas protectorias del consumidor y que, en su caso, y aún de oficio, debe disponer las medidas que impidan la desnaturalización de los mecanismos sustanciales y procesales previstos para su tutela.

La existencia y legitimidad de la deuda reclamada, su composición y cuantía y los costes de la eventual mora y de la ejecución, serán objeto de un control judicial irrenunciable a la luz de las normas legales propuestas.

### III. USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

La reforma propuesta al primer párrafo del artículo 25, incorporando la accesibilidad a los marcos regulatorios a partir de la web, entronca con la regulación del derecho a la información del consumidor y deber del proveedor, regulada en la Ley 24.240 (artículo 4), y en el CCC (artículo 1100).

Como la información y la contratación son dinámicas, y aunque el Código no haya reflejado en forma determinada este carácter, el deber de información ha de cumplirse tanto en forma previa a entablarse la relación de consumo, como de manera concomitante a ésta y también posteriormente. En el primer ámbito, deriva del deber de cooperación contractual y permite elecciones de consumo fundadas y racionales (se relaciona con la libre elección, aplicándose la idea del consentimiento informado) y en el segundo, permite una utilización adecuada del producto o servicio contratado (se relaciona con el derecho a la salud y seguridad, y con la protección de los intereses patrimoniales). A su vez, incluye toda la información que resulte indispensable para después de celebrado el contrato o entregada la cosa o servicio, a los fines de un disfrute adecuado, comprensivo de ser anunciado de los riesgos implicados, su naturaleza y complejidad, prolongándose el deber del proveedor a través de toda la ejecución contractual. Este aspecto se torna más evidente y necesario en los marcos regulatorios que hacen a la prestación de servicios (públicos o no).

Se propone un agregado a efectos de explicitar la competencia del ente regulador del servicio de que se trate, respecto de toda cuestión vinculada al marco regulatorio cuya aplicación le concierne, asignando a la Autoridad de Aplicación de la LDC la competencia para resolver los reclamos referidos a la regulación contractual o a la aplicación de las normas del capítulo en análisis. Existe en estos casos diversidad de origen de los regímenes normativos y hasta distinta naturaleza de las normas aplicables (contractual para los entes y estatutaria para la Autoridad de Aplicación).

Diversos marcos normativos otorgan competencias a las autoridades de aplicación en

cuanto al control y fiscalización que el Estado debe efectuar sobre la actividad, relacionado con su sistema económico y técnico, en salvaguarda de la fe pública y de la estabilidad y orden del mercado en cuestión. Esos entes resguardan la confianza pública en el sistema, controlan a las entidades y sus elementos técnicos y contractuales (en el aspecto previo y de “redacción marco”), que hacen a los fines del negocio regulado, en cuanto al funcionamiento y actuación de sus agentes, sin llegar necesariamente al área de las contrataciones individuales. Se concentran en las entidades y la supervisión de su actividad (v.gr. Superintendencia de Seguros de la Nación, Banco Central de la República Argentina, etc.). Sin embargo, esos sistemas no contemplan per se mecanismos que posibiliten arribar a una protección eficiente de los derechos de los usuarios del sistema, cuya participación es indirecta. Es la normativa de consumidores la que conforma el sistema tuitivo del artículo 42 de la Constitución Nacional, y que se integra con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, con preeminencia y con aplicación del principio de norma más favorable.

Aunque los organismos administrativos de consumidor no controlen específicamente el sistema bancario ni de seguros, por ejemplo, son los que tienen encargado velar por la observancia del Derecho del Consumidor frente a un proveedor, que —también por ejemplo— puede ser un banco o una aseguradora. El régimen de consumidores se aplica aun cuando el proveedor esté alcanzado por otra normativa específica. El régimen tuitivo del consumidor trata cuestiones de otra índole que, por su naturaleza y aún dentro del ámbito de la LDC, no afectan el sistema que otras autoridades de aplicación se encargan de vigilar y, por lo tanto, son ajenas a su potestad jurisdiccional.

En otras palabras, cuando la actividad a la que se incorpora una relación de consumo es un “sistema”, las facultades de control y supervisión del mismo recaen en las autoridades de aplicación específicas, y las cuestiones vinculadas a la protección al consumidor, en la autoridad administrativa de consumo. Todo ello, en razón del rol determinado y concreto de cada una, correspondiendo a la autoridad de la actividad aquellas relaciones u operaciones que sean

propias o “intra sistema” —que nacen, se transforman y se extinguen en el mismo—, mientras que las referidas a aspectos comerciales, corresponden a la de defensa del consumidor.

Se propone incorporar al artículo 27 la especificación del contenido de la atención personalizada que debe brindar el proveedor conforme los antecedentes del Derecho Provincial, como la Ley bonaerense 14.692, la Ley 2.221 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la Ley chaqueña 7.435. A su vez, la LDC establece en su artículo 27 que “...Las Compañías prestadoras de Servicios Públicos deberán garantizar la atención personalizada a los usuarios”.

Por su parte la atención personalizada:

- Implica relaciones humanas, trato digno, captación del problema, percepción de la tramitación del reclamo. El eje de la interpretación protectoria no es el de la seca gramática que se satisface con que la atención sea dirigida a la persona por cualquier medio, sino que reside en la interacción insustituible que se da entre las personas que actúan en nombre de la empresa y los reclamantes, mediante el contacto directo, interpretada en el contexto de la relación de consumo y el desequilibrio entre sus actores;

- Constituye una obligación del proveedor, a realizarse en un ámbito de locación específico, por éste organizado y proporcionado. Eso requiere necesariamente un lugar físico en vez de un espacio virtual o etéreo. Se juegan en el caso la dignidad humana y el trato equitativo.

Se procura clarificar legislativamente el cómputo de los días de anticipación al vencimiento para la satisfacción del deber temporal de entrega de la factura y coadyuvar a terminar con el traslado por parte de las empresas al usuario de la necesidad de requerir y obtener la factura, con base en que la factura anterior informa la fecha de vencimiento. Se consagra el derecho del usuario a requerir nueva facturación y por ende nuevo plazo en caso de incumplimiento.

Se reduce a quince (15) días el plazo para la empresa, atento lo extenso del plazo original modificado, y a los efectos de igualarlo con el impuesto al consumidor para el reclamo. Además, dado que muchos servicios públicos domiciliarios han adoptado la facturación men-

## Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

sual, se busca evitar que los periodos puedan superponerse con los reclamos. Se elimina la palabra “correspondiente” de la deducción del cobro de servicio no prestado, determinando que la devolución debe ser efectuada dentro de los dos periodos posteriores subsiguientes, a fin de clarificar la pauta temporal.

También se propone que la falta de mención de inexistencia de deuda es presunción que no admite prueba en contrario —*iure et de iure*—, que castiga el incumplimiento de la empresa, conforme ha sido sostenido por la jurisprudencia. A su vez se dispone la eliminación de los párrafos referidos a entes residuales, atento el extenso lapso transcurrido y a que ha concluido en todos los casos la liquidación de las empresas públicas prestatarias de los servicios con anterioridad a las privatizaciones.

Finalmente, se elimina el tope de exceso en un cincuenta por ciento (50%) a la tasa pasiva para el interés por mora y se incluye la tasa pasiva pura como máximo, no existiendo razones para mantener un plus por encima de ésta, que es la que pagan los bancos por los depósitos y lo que compensa cabalmente el costo del dinero que la empresa deja de percibir y que busca compensar con el recargo.

#### IV. DAÑOS AL CONSUMIDOR

La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones de consumo ha experimentado una notable evolución. En nuestro país, la problemática comenzó a adquirir perfiles propios cuando comenzaron a presentarse casos de responsabilidad por daños ocasionados por productos defectuosos. Si bien existieron profundas diferencias en relación al factor de atribución, terminó por prevalecer el criterio que postulaba que era objetivo, con sustento en el artículo 1113 del Código Civil (T.O. Ley 17.711).

El segundo hito lo constituyó la sanción de la LDC. Si bien fue vetado el artículo 40 originario, que consagraba la responsabilidad solidaria de la cadena de producción y comercialización del producto o el servicio frente al consumidor, se mantuvo lo establecido en el primer párrafo del artículo 52, en el que se disponía que los consumidores estaban habilitados a promover acciones judiciales cuando sus intereses resulten

afectados o amenazados. La función preventiva de la responsabilidad civil fue incorporada de manera explícita en este ámbito.

Con posterioridad, mediante la Ley 24.999 se estableció la responsabilidad solidaria por riesgo o vicio.

En el año 2008, la reforma de la Ley 26.361 introdujo la posibilidad de solicitar la indemnización del “daño directo” (artículo 40 bis), que luego fue objeto de reforma por la ley 26.993; y se incorporó la función punitiva de la responsabilidad civil, mediante la figura del “daño punitivo” (artículo 52 bis).

La regulación que ahora se propone presenta algunos cambios y ajustes de importancia.

En primer lugar, y en orden a la función preventiva (artículo 107), se efectúa una remisión a lo establecido en los artículos 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación, en donde se regula la problemática con suficiente amplitud y de manera detallada. Así como, en su momento, lo establecido en el artículo 52, 1ª parte, de la LDC comenzó a irradiarse hacia todo el ordenamiento jurídico, la definitiva consagración de la función preventiva con carácter general en el Código Civil y Comercial torna innecesaria una regulación específica.

En relación a la función resarcitoria se proponen varios cambios y ajustes.

Como se indica en el artículo 108, se regula en esta parte únicamente lo atinente a la responsabilidad por daños causados por productos y servicios defectuosos, y no así cuando éstos son riesgosos. Se trata, pues, de un sistema de reparación de los daños causados por productos o servicios defectuosos, en el mismo sentido que el derecho europeo y brasileño. En cambio, no están incluidos los daños causados por el “riesgo genérico”, porque ellos ya están suficientemente regulados en los artículos 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial de la Nación; y aquí se trata de un régimen especial, que hace responsables a todos los miembros de la cadena de producción o comercialización, sean o no dueños o guardianes del producto o servicio defectuoso. Son fuentes de esta norma el artículo 9 de la directiva europea 85/374/CEE; el

artículo 128 del real decreto español n.º 1/2007; el artículo 1245-1 del Código Civil francés; y el artículo 123 del Código del Consumo italiano.

Se brinda un concepto de producto y servicio (artículo 109), siendo las fuentes de esta norma el artículo 2 de la directiva europea 85/374/CEE; el artículo 136 del real decreto español 1/2007; el artículo 1245-2 del Código Civil francés; el artículo 115 del Código del Consumo italiano; MERCOSUR/LIV CT n.º 7, resolución 01/07, artículo 1 “e”.

A renglón seguido se caracteriza al producto defectuoso (artículo 110) y al servicio defectuoso (artículo 111).

En la definición de producto defectuoso se emplean tanto la triple clasificación de defectos de diseño, fabricación e información (vigente en EUA y que en general es aceptada por la doctrina nacional) —a la que se agrega la de los defectos de conservación— como las definiciones que resultan de la normativa europea y el Código del Consumidor de Brasil. Sus fuentes son: artículo 6 de la directiva europea 85/374/CEE; artículo 137 del real decreto español 1/2007; artículo 1245-3 del Código Civil francés; artículo 117 del Código del Consumo italiano; artículo 12 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil; Restatement (Third) of Torts: Products Liability, Chapter I, § 2.

La fuente, respecto del servicio defectuoso, es el artículo 14 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil.

Se ha preferido abrazar la noción de defecto y no de vicio, por resultar más ajustada al fenómeno bajo regulación.

En relación a la legitimación activa (artículo 112), se adopta un criterio amplio, que incluye también a quienes no son consumidores de acuerdo a nuestra definición, porque esta excluye a los terceros “expuestos”, que sin embargo pueden innegablemente acudir a las normas sobre responsabilidad por productos y servicios (por ejemplo, el peatón que es embestido por un automóvil a causa de un defecto de fabricación que impide el frenado). Es el sistema europeo, en especial, la Ley española y el Código Civil francés (artículo 128 del real de-

creto español 1/2007; artículo 1245 del Código Civil francés).

Sin perjuicio de las normas generales sobre prueba existentes en las reglas sobre procesos de consumo, se incorporan aquí algunas específicas (artículo 113). Éstas son acordes a lo prescripto por los artículos 1734, 1736 y 1744 del Código Civil y Comercial de la Nación, y a los principios generales. La Comisión entendió importante precisarlas en este ámbito mediante la mención del deber de colaboración del proveedor, y la posibilidad de que se apliquen presunciones legales o judiciales. Se aclara que el proveedor debe acreditar las eximentes que invoque. Son también fuentes de este artículo: artículo 2 de la directiva europea 85/374/CEE; artículo 139 del real decreto español 1/2007; artículo 1245-8 del Código Civil francés; artículo 120 del Código del Consumo italiano.

En materia de legitimación pasiva se incorporan novedades legislativas.

Se establece que la responsabilidad es concurrente de forma de guardar coherencia con el Código Civil y Comercial. De manera enunciativa se señala algunos de los legitimados pasivos, lo que no excluye a cualquiera que pueda revestir tal calidad. Se elimina el tratamiento diferenciado del transportista, que no se justifica en el marco de las relaciones de consumo, es confusa y no ha merecido aplicación jurisprudencial alguna.

Se incorpora, además, una norma específica relativa a especial situación que se genera cuando se prueba que el daño proviene del defecto de un determinado tipo de producto, pero resulta imposible identificar al proveedor que efectivamente lo fabricó o comercializó en el caso concreto. En tal caso, responden concurrentemente todos los proveedores que comercializan o fabrican el producto en cuestión, en proporción a la participación que cada uno de ellos tiene en el mercado. Se recepta, así, la denominada “teoría del market share”.

Asimismo, se establece el criterio para la acción de repetición: se ejerce únicamente contra quien ha dado origen al vicio.



## Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

Respecto al factor de atribución (artículo 115), se dispone que es objetivo, con fundamento en el artículo 1722 del Código Civil y Comercial.

En el mismo artículo se efectúan varias precisiones relativas a las eximentes de responsabilidad vinculadas a la causa ajena, las que deben ser interpretadas con las reglas generales consagradas en el Código Civil y Comercial.

No se ha considerado necesario reiterar que el caso fortuito debe reunir el elemento de la exterioridad, porque él resulta expresamente del artículo 1733 incs. “c”, “d” y —especialmente— “e” del Código Civil y Comercial, que son plenamente aplicables también a la responsabilidad que se regula en este capítulo.

Se deja establecido que el hecho de los restantes integrantes de la cadena de producción y comercialización no es hecho ajeno y, por ende, no puede ser invocado como eximente. Ello constituye además una aplicación puntual del ya mencionado requisito de la exterioridad.

En el segundo párrafo se aclara que el cumplimiento de la normativa vigente, o el hecho de contar con una autorización administrativa, no eximen de responsabilidad. Se exceptúa el caso en que la Ley o la autoridad administrativa impongan de manera imperativa modalidades para la fabricación, diseño, información o conservación del bien.

El tercer párrafo establece que la eximente del hecho de la víctima es de interpretación restrictiva y sólo procede ante la prueba de una culpa grave o dolo del consumidor, lo cual tiende a incrementar la protección de la parte débil de la relación de consumo y va en línea con la interpretación constitucional efectuada por la CSJN en la causa “Ledesma”. La exigencia de culpa grave del damnificado debe ponerse en relación con la referencia al “uso razonablemente previsible” del producto que efectúa el artículo 119 inc.1, en la medida en que únicamente un uso claramente irrazonable por parte de la víctima podrá eximir al proveedor. Va implícito que en muchos casos el proveedor debe prever incluso el uso negligente o peligroso por parte de la víctima, y que este deber de previsión se ve agravado en situaciones de hipervulnerabilidad

(como sucede, por ejemplo, en el caso de juegos mecánicos destinados al consumo de niños).

El último párrafo excluye como eximente al riesgo de desarrollo. Esta disposición debe distinguirse cuidadosamente de las de los artículos 110 y 111 —en ambos casos, en su último párrafo—, en tanto disponen que el producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente a su puesta en circulación haya sido colocado en el mercado otro de mejor calidad, y que el servicio no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente se hayan adoptado nuevas técnicas más inocuas. En estos últimos casos no se trata del posterior descubrimiento de defectos que el producto o servicio ya tenía de hecho, pero que eran imposibles de detectar en el momento de su puesta en circulación (riesgo de desarrollo), sino de la ulterior implementación de nuevas técnicas que mejoran su seguridad.

Son las fuentes principales de esta norma los artículos 40 de la LDC, y el artículo 1245-9 del Código Civil francés.

En el artículo 116 se introduce, como novedad legislativa, un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción resarcitoria. Se consideró necesario seguir a las legislaciones europeas en la incorporación de un plazo de caducidad de 10 años desde que el producto o servicio fue puesto en el mercado, o prestado. De lo contrario sería posible, por ejemplo, demandar hoy al fabricante de un producto hecho en cualquier tiempo, siempre que el daño se haya producido en la actualidad. Nótese que actualmente, para los vicios redhibitorios, el Código Civil y Comercial contempla plazos de caducidad de seis meses y tres años (artículo 1055).

En el Capítulo 3 (artículo 117) se incorpora una nueva norma, que regula la problemática de los daños causados a las personas o bienes dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor (daños en estadios, hoteles, playas de estacionamiento, centros comerciales, clínicas, centros de esquí, etc.). Se trata de un desarrollo pormenorizado y particular de la obligación de seguridad que, con carácter general, está consagrada en los artículos 17 y 18 de este Anteproyecto. Concordemente con lo dispuesto en el artículo 115, se aclara que el hecho de la

víctima únicamente opera en caso de dolo o culpa grave del damnificado.

Finalmente, en el artículo 118 se regula la ahora denominada “sanción punitiva por grave menosprecio a los derechos del consumidor”, correspondiente a los “daños punitivos” del artículo 52 bis de la LDC. Se han introducido importantes cambios a la norma actualmente vigente. Debe aclararse que han existido notables contrapuntos entre los miembros de la Comisión en este tema, razón por la cual se han dejado a salvo las opiniones particulares, arribándose al texto que ahora se propone por mayoría.

La denominación “sanción pecuniaria disuasiva” que les había dado el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se prestaba a equívocos, porque también podía aplicarse a la indemnización de daños, que es una sanción y, además de resarcir, actúa como incentivo para no causar daños. Por ese motivo resulta pertinente hablar de “sanción punitiva” para hacer referencia a la que se regula en esta sección, dado que la calificación de “punitiva” pone de resalto que se trata de una clase especial de sanción, que tiene por finalidad, precisamente, castigar al proveedor que obra con notoria despreocupación respecto de los intereses de los consumidores, y al mismo tiempo, prevenir la reiteración futura de ese tipo de conductas.

Siguiendo a la doctrina y la jurisprudencia ampliamente mayoritarias, se establece —en sintonía con lo que preveía el proyecto de Código Civil y Comercial— que la sanción punitiva sólo procede frente al “grave menosprecio” hacia los derechos del consumidor, lo que implica la necesidad de que se configure un factor subjetivo de atribución calificado. Esto es concorde, además, con lo que sucede en el derecho comparado. Así, en los Estados Unidos de América se exige que quien pretende “daños punitivos” aporte evidencia clara y convincente en el sentido de que el demandado actuó con dolo, indiferencia o grave negligencia respecto del daño que ocasionó (Vetri, Dominick - Levine, Lawrence C. - Vogel, Joan E. - Gassama, Ibrahim J., *Tort law and practice*, Lexis-Nexis, San Francisco, 2011, p. 529; Goldberg, John C. P. - Sebok, Anthony J. - Zipursky, Benjamin C., *Tort law. Responsibilities and redress*, Aspen Publishers, New York, 2008, p. 497).

En cuanto a la legitimación para pedir la imposición de esta sanción, se ha considerado preferible ampliarla respecto de lo que establece actualmente el artículo 52 bis de la LDC, al incluir la posibilidad de que ella sea solicitada también por el Ministerio Público —lo que coincide con el proyecto francés de reforma de la responsabilidad civil de 2017—, por cualquiera de los legitimados activos para promover las acciones de clase, o incluso, que sea impuesta de oficio por el juez. Para este último caso, y en aras de respetar el derecho de defensa del sancionado, se precisa que el auto que corre traslado de la demanda debe advertir al demandado acerca del posible ejercicio de esta facultad.

Asimismo, es pertinente señalar que se ha aclarado expresamente que la sanción punitiva también puede ser impuesta en el marco de las acciones colectivas, con lo que se da respuesta al actual debate doctrinal sobre ese punto.

Todo ello es consonante con la idea de que se trata de una sanción que excede el mero interés individual del consumidor, porque en la represión de esas conductas está también en juego el interés público.

Para la graduación de la sanción se ha considerado pertinente seguir el texto del Proyecto de Código Civil y Comercial y de la Ley 26.994, que contiene una serie de pautas que enriquecen el escueto enunciado del actual artículo 52 bis de la LDC. Además, dada la naturaleza punitiva del instituto, se ha respetado el criterio plasmado en la norma, consistente en prever un monto máximo (vid. la explicación proporcionada por la diputada Stella Maris Córdoba durante el debate parlamentario de la Ley 26.361, Cámara de Diputados de la Nación, año 2006, orden del día 306. “Dip. Stella M. Córdoba y ot.”). Es pertinente poner de resalto que esto también es conteste con lo que sucede en el derecho comparado (vid. Suprema Corte de los Estados Unidos, “State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell”, 538 U.S. 408 (2003); proyecto francés de reforma de la responsabilidad civil de 2017, artículo 1266-1).

Sin embargo, se ha ampliado el máximo al doble de la multa administrativa (que por otra parte ya no consiste en un monto fijo en pesos

sino que contempla un mecanismo de actualización), y se suma la posibilidad de que la condena se extienda al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, si este último resultare mayor.

Se han tenido en cuenta como antecedentes, para esta cuestión, el artículo 52 bis LDC; el Proyecto de Código Civil y Comercial y de la Ley 26994; y el artículo 1266-1 del Proyecto de Reforma de la Responsabilidad Civil presentado por el Ministerio de Justicia Francés en marzo de 2017.

En relación al destino de la suma de dinero impuesta como sanción, se ha considerado pertinente seguir al proyecto de Código Civil y Comercial y de la Ley 26.994 (y también el artículo 1266-1 del Proyecto de Reforma de la Responsabilidad Civil presentado por el Ministerio de Justicia Francés en marzo de 2017), disponiéndose que el monto de la sanción punitiva tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. De ese modo se permite que, según los casos, el juez decida si corresponde que ese importe sea percibido —total o parcialmente— por el consumidor, o bien que sea destinado a otras personas, como entidades de beneficencia o fondos específicos. Esta solución tiende a dotar de una mayor efectividad a la imposición de la sanción punitiva, pues la regla según la cual la totalidad del importe de los “daños punitivos” del artículo 52 bis de la LDC debe entrar en el patrimonio del consumidor desalienta, muchas veces, la fijación de montos importantes, ante el temor de los jueces de consagrar un enriquecimiento excesivo de aquel. Debe remarcarse que de acuerdo a las normas proyectadas la legitimación para pedir la sanción no compete únicamente al consumidor, dado que también puede solicitarla el Ministerio Público o los legitimados para promover acciones de clase, o imponerla el juez de oficio. En consecuencia, para decidir el destino de la sanción el juez debe tener en cuenta —entre otras cosas— si se ha impuesto de oficio o a pedido de parte, quién fue el legitimado activo que la solicitó, la actuación procesal desplegada por el consumidor, la situación de este último —con especial consideración a los casos de hipervulnerabilidad—, la índole de los intereses afectados, y la naturaleza individual o colectiva de la acción intentada.

Por otra parte, se dispone que si dos o más proveedores son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción punitiva, su responsabilidad es solidaria. Ello no es sino una derivación de las reglas de la coautoría (artículo 1751, 1ª parte, del Código Civil y Comercial de la Nación), y modifica la inconveniente solución legal actualmente vigente, que consagra —de manera indebida— la solidaridad en cabeza de toda la cadena de producción y comercialización.

Finalmente, se establece la prohibición de asegurar la obligación de pagar la sanción, cuestión que ha generado algunas opiniones discordantes en la doctrina. Se entiende que la no asegurabilidad constituye un factor, por sí mismo, disuasorio de las conductas que se pretende evitar con lo dispuesto en este artículo. Se trata también de la solución adoptada por el ya mencionado proyecto francés (artículo 1266-1).

## V. DISEÑO INSTITUCIONAL

### V.1. Asociaciones de defensa del consumidor

El artículo 42 de la Constitución Nacional establece que las autoridades deben proveer a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

Además del Derecho Comparado y las regulaciones existentes en Argentina, se ha considerado especialmente la experiencia de la autoridad de aplicación de la Ley como ente rector de las asociaciones; en consonancia con ello se proponen algunas modificaciones en cuanto a la estructuración y funcionamiento de las organizaciones de consumidores.

En particular, se han analizado los criterios establecidos para el funcionamiento de las asociaciones de consumidores de la Ley N° 13.133 de la Provincia de Buenos Aires y Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, específicamente el Título II relacionado con el derecho de representación, consulta, participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores (artículos 22 a 45).

Con base en los fundamentos y antecedentes señalados, se indican aquí los cambios introducidos en orden a la participación de las

asociaciones de consumidores en todas las instancias de conciliación y mediación relacionadas con el consumo (artículo 119 del Anteproyecto); la especificación de los objetivos que deben observar estas organizaciones en lo relacionado con su objeto social (incisos 5, 6, 8 y 9 del artículo 120 del Anteproyecto); así como la previsión expresa para conferir potestad a la autoridad de aplicación para determinar reglamentariamente requisitos razonables que deban observar las asociaciones de consumidores relacionados con la representatividad, autofinanciamiento y otras variables que tiendan a fortalecerlas y coadyuvar a una mejor implantación y desarrollo de las mismas en la sociedad (artículo 121 del Anteproyecto).

## V.2. Autoridad de Aplicación

En cuanto al diseño institucional de la Autoridad Nacional de Aplicación de la Ley se han tenido en consideración, particularmente y entre otras, dos cuestiones que resultan fundamentales en lo atinente a la defensa y protección de los derechos de los consumidores y usuarios en general.

Por una parte, la impronta que debe revestir el organismo que se prevé en tal sentido, en atención a los bienes jurídicos tutelados por la norma proyectada y a la relevancia que dichos bienes y los derechos de titularidad de los consumidores, en cuanto tales, revisten contemporáneamente.

Por la otra, el carácter eminentemente político —en la mejor acepción del término— que debe representar en la sociedad el organismo que se crea, toda vez que su marco de actuación y las misiones y funciones que le son asignadas deben resultar de vital relevancia institucional para un país moderno, teniendo en consideración el contexto político, económico y social actual.

Con base en lo expuesto y habiéndose analizado las fuentes antes indicadas, y varias del derecho comparado, se ha decidido crear un organismo autárquico y descentralizado, dotado de la suficiente autonomía y con los recursos necesarios para desarrollar sus misiones y funciones a cabalidad, pero con el necesario relacionamiento con el Poder Ejecutivo Nacional, en atención a la impronta política e

institucional que debe revestir el organismo, como se ha mencionado.

Para ello se han ponderado y analizado pertinentemente el Decreto Legislativo N° 1033 de Perú, por el que se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), de gran relevancia institucional en ese país; la Ley N° 4974 de la República del Paraguay, por la cual se constituye la Secretaría de Defensa del Consumidor y del Usuario (SEDECO); la Ley N° 18.959 de Chile, por la cual se crea el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), también de reconocida actuación en el país trasandino.

En Argentina son valiosos antecedentes considerados la Ley N° 26.363 sobre “Tránsito y seguridad vial”, por la que se crea a la Agencia de Seguridad Vial; la Ley N° 27.442 de “Defensa de la Competencia”, por la cual se constituye como organismo descentralizado y autárquico a la “Autoridad Nacional de la Competencia”, ámbito que guarda afinidad institucional —en razón de la materia— con el diseño de agencia que se ha concebido para la creación de la Autoridad de Aplicación de la Ley tutelar de los consumidores y, finalmente, en lo atinente a la desagregación en cuanto a su diseño, se ha considerado la estructura de la Comisión Nacional de Comercio Exterior, constituida por el Decreto N° 2406/94 y su modificatoria.

Consecuentemente, y teniendo en consideración los antecedentes referenciados, para el diseño de la Agencia Nacional del Consumidor se ha previsto una estructura institucional ágil y que permita un adecuado desarrollo de las misiones y funciones que se le encomiendan en materia de protección al consumidor, estableciéndose mecanismos de selección de los cargos fundamentales mediante concurso de antecedentes y oposición, periodicidad en los cargos y la suficiente autarquía funcional y financiera que le permita un adecuado desenvolvimiento y cumplimiento de sus tareas.

## V.3. Del Consejo Federal del Consumidor

Con respecto a la interacción de las distintas Autoridades de Aplicación de la LDC, y en atención a la vasta experiencia acumulada en dicha materia en los últimos 20 desde su sanción, se

## Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

ha decidido la institucionalización de dicho ámbito, consagrándolo en el texto de la gran reforma que se propone.

Así, el denominado Consejo Federal del Consumo (CO.FE.DEC.) finalmente adquiere su merecida transcendencia institucional, dándose un paso más en este sentido, en atención a su anterior antecedente en la materia, que lo había recogido como ámbito de encuentro de las autoridades de aplicación, a través del dictado Resolución N.º 464-E/2017 de la Secretaría de Comercio de la Nación.

El CO.FE.DEC tiene como finalidad el análisis e intercambio de información entre sus miembros, relacionada con la protección del consumidor, así como la promoción y cooperación para el desarrollo de políticas públicas relacionadas con la materia, la educación y difusión de sus derechos y la defensa de sus intereses individuales y colectivos.

Lo integran, conforme nuestra organización político institucional de carácter federal, la Autoridad Nacional de Aplicación de la presente Ley y sus normas reglamentarias, así como las Autoridades de Aplicación provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

También, se han detallado expresamente sus misiones y funciones, en tanto Consejo Federal del Consumo: la promoción de la educación e información del consumidor o usuario, con especial énfasis en la población especialmente vulnerable, con los objetivos de fortalecer la libertad de elección del consumidor y la optimización de los recursos relacionados con la adquisición de productos y servicios; la de facilitar la comprensión y utilización de la información que se brinda a los usuarios y consumidores por parte de los proveedores; la de difundir el conocimiento de los deberes y derechos de los consumidores y la forma más adecuada para ejercerlos; y la de fomentar la prevención de riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios; la de propender a la homogeneización de criterios en cuanto a la aplicación de políticas públicas relacionadas con la protección de los consumidores y usuarios; estimular la creación de Asociaciones de Consumidores, manteniendo con ellas un intercambio y colaboración permanentes;

recabar información de entidades públicas y privadas relacionadas con la protección del consumidor; solicitar la colaboración de los entes y organismos de control con competencia en la materia para una mejor atención de los problemas de los consumidores y usuarios; solicitar la colaboración de instituciones públicas y privadas, departamentos especializados de las universidades y cualquier otro organismo técnico para la realización de estudios, análisis comparativos, ensayos y controles de calidad sobre productos o servicios y difundir sus resultados.

Por último, se le encomienda, en tanto ámbito federal de encuentro, todo lo relacionado con la asistencia, asesoramiento y tratamiento formal de las denuncias y reclamos de los consumidores y usuarios, promoviendo la instalación de oficinas públicas de información al consumidor o usuario; y la difusión de los resultados de estudios, análisis comparativos, ensayos y controles de calidad sobre productos y servicios y toda otra actividad o tarea relacionada con la defensa y promoción de sus derechos.

A modo de cierre, el texto propuesto establece que las autoridades pertinentes de la Nación y de cada jurisdicción deben prever las partidas presupuestarias suficientes para financiar el adecuado funcionamiento del CO.FE.DEC., teniendo en consideración las misiones y funciones que se le asignan en la presente Ley.

#### **V.4. Defensa administrativa del consumidor**

En lo atinente a la defensa administrativa del consumidor y su procedimiento, se han preservado los principales institutos que ya preveía la Ley 24.240 al respecto, tales como, la instancia conciliatoria entre proveedores y consumidores; las medidas preventivas y de cese de conducta reputadas en infracción a la Ley; y las sanciones a aplicar por las infracciones que se cometan a la normativa tutelar de los consumidores por parte de los proveedores, pero se han actualizado y complementado en cuanto a sus alcances y efectos, para que la Autoridad Nacional cuente con verdaderas herramientas jurídicas, que permitan abordar la conflictividad que se verifica en la materia y reprimir y sancionar las conductas lesivas de los derechos de los

consumidores, que ostentan rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, se contempla que la Autoridad Nacional pueda arbitrar los más modernos mecanismos que la tecnología actual permite para celebrar acuerdos conciliatorios entre reclamantes y reclamados, previendo también —en cuanto a este eje temático— una adecuada y necesaria intervención de la autoridad, con la representación y transparencia debidas, en las instancias conciliatorias que se verifiquen para procesos de incidencia general o colectiva.

También se han ajustado debidamente el régimen sancionatorio, los montos de las multas que el mismo prevé, para poder afrontar con instrumentos adecuados las conductas nocivas que, tecnología y estandarización mediante, se verifican en el mercado en perjuicio de los consumidores y usuarios.

Resulta conveniente destacar la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal en lo atinente al recurso de apelación previsto para la impugnación de las sanciones impuestas en sede administrativa; así como la del Fuero Contencioso Administrativo Federal, en lo atinente a la instrucción de los sumarios y las distintas incidencias que generalmente pueden verificarse en su desarrollo.

Se introducen nuevas figuras: el rol del consumidor en el procedimiento (artículo 147); la figura de la “contrapublicidad” a cargo de la Autoridad de Aplicación para la publicidad de los actos lesivos de intereses y derechos de los consumidores (artículo 158); y la previsiones establecidas en cuanto a la penalidad prevista para los incumplimientos de los acuerdos conciliatorios que se alcancen, conteniendo un porcentaje de la penalidad concebida por la conducta destinada para el consumidor.

Se ha reformulado el instituto del “Daño Directo” en sede administrativa (arts. 150 a 154). En el artículo 146 al regular la indemnización en sede administrativa, se apunta a dotar de mayor eficacia a los derechos del consumidor, no sólo porque el trámite es más rápido, sino porque no todos los consumidores que quedan insatisfechos en sede administrativa luego promueven la acción judicial. Se evita, así, la eventual

promoción de acciones judiciales, con el consiguiente beneficio de no continuar recargando la labor judicial con juicios de escasa cuantía.

En una sola norma se contemplan dos siguientes situaciones: la posibilidad de exigir el cumplimiento, la indemnización de daños, y la restitución de sumas de dinero indebidamente percibidas. Se precisa que se trata del daño emergente derivado de la lesión de bienes e intereses objeto de la relación de consumo, excluyéndose de la norma a todos los otros restantes daños resarcibles que, por ende, sólo pueden ser reclamados en sede judicial.

Se pretende dotar a la figura de mayor rigor técnico y conceptual, compatibilizando los textos con los conceptos del derecho de daños y el cumplimiento obligacional obrantes en el Código Civil y Comercial.

No se fija un tope cuantitativo, ya que no se entiende necesario: se trata únicamente del bien objeto de la relación, o de los daños emergentes que sean consecuencia inmediata o mediata de la lesión a bienes o intereses objeto de la relación e consumo de naturaleza patrimonial, todo lo cual torna irrelevante su valor.

Se establece, en primer término, que puede ordenarse la indemnización del daño emergente indicado.

En segundo lugar, que el consumidor puede exigir la entrega de un bien equivalente y de las mismas características que el producto defectuoso o vicioso (pago en especie), o bien su valor en dinero. Lo primero es de suma importancia, ya que muchas veces el consumidor pretende el reemplazo del bien, y no su valor.

El caso de restitución de sumas de dinero indebidamente percibidas por el proveedor debe ser distinguido del anterior. Suele ser asimilado al concepto de “daño”, lo cual es desacertado. Se trata de pagos indebidos (por ejemplo, débitos bancarios por seguros, comisiones, intereses, etc.). Lo que corresponde en tal caso es ordenar la restitución.

Se deja claramente establecido que en cualquiera de estos casos debe haberse verificado la infracción del proveedor, lo que constituye un

## Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

requisito previo para que proceda esta condena accesoria o derivada de lo primero.

Resulta evidente la excepcionalidad, ya que se restringe sólo a los supuestos previstos en el artículo.

El artículo 152 busca reforzar el cumplimiento de los acuerdos conciliatorios homologados, como un modo de resguardar el crédito consolidado a favor del consumidor. Además, establece que el rechazo (administrativo o judicial subsiguiente) de la petición del consumidor no causa cosa juzgada en caso de un eventual reclamo por vía judicial en juicio de conocimiento; sin perjuicio de que lo actuado y resuelto pueda ser considerado como un indicio relevante para el juez.

Las limitaciones del proceso administrativo, en particular las probatorias y la etapa de debate, justifican esta solución legal pues, de lo contrario, quedaría sumamente acotada la protección al consumidor.

Se prevé también que al formular la denuncia el consumidor debe ser informado de la posibilidad de solicitar las prestaciones ahora contempladas. La norma reviste particular relevancia, pues permite hacer conocer al consumidor este importante instrumento tendiente a dotar de mayor efectividad a sus derechos.

La solución del artículo 154, en el que se dispone que para el ejercicio de estas funciones las Autoridades de Aplicación locales deberán reunir los mismos requisitos establecidos en la ley para la ANCON, tiene su fundamento en el precedente de la CSJN “Ángel Estrada”, en donde se sostuvo que “el principio constitucional de defensa en juicio previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional y la prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales —artículo 109—, quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por Ley, su independencia e imparcialidad esté asegurada, el objetivo económico y político considerado por el legislador para crearlos sea razonable y sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente”. Por su parte, el 40 bis vigente agrege la especialización técnica.

Dichas exigencias se cumplen respecto de la ANCON, que es la Autoridad de Aplicación nacional que se crea en mediante este Anteproyecto.

No resulta óbice que dichos extremos puedan ser satisfechos por las autoridades locales, lo que habrá de redundar en una mayor calidad institucional. La decisión apunta a fortalecer a estas últimas, dotándolas de criterios de uniformidad, en miras de lograr una mayor eficacia de los derechos de los consumidores.

En el pasado, se reconocen experiencias similares, de cuya validez constitucional no se dudó. Tal el caso de la Ley 17.801, que en su parte final dispuso algunas normas de observancia obligatoria por las provincias para el funcionamiento de los registros de la propiedad inmueble, que habían sido creados con anterioridad por las Provincias, quienes tuvieron que adecuarlos a los presupuestos mínimos que fijaba la nueva Ley, con el artículo 2505 del Código Civil derogado. El argumento es el mismo en este caso: se trata de una Ley nacional, que dispone sobre cuestiones de fondo, que no puede ser alterada o restringida por reglamentaciones locales, y que debe tener plena vigencia en todo el país, y no sólo en algunas jurisdicciones.

En el artículo 156 se ha considerado pertinente reforzar el cumplimiento de los acuerdos conciliatorios homologados, como un modo resguardar el crédito consolidado a favor del consumidor.

### V.5. Protección Judicial del Consumidor

#### V.5.1. Acciones individuales

Se han tomado especialmente en cuenta las normas de la LDC, procurando resolverse los conflictos que se suscitaban, como el relativo al beneficio de justicia gratuita. Sin embargo, se han adicionado normas que apuntan a tornar más ágil y efectiva la tutela del consumidor, en sintonía con los reclamos de nuestra doctrina; tal el caso de las reglas de competencia de los procesos de consumo, y de la que limita la intervención de terceros. También se ha jerarquizado el rol del Ministerio Público, y se han reconocido facultades judiciales de actuación, en consonancia con el orden público que enmarca a las relaciones de consumo.

Desde la sanción de la LDC en 1993 se incorporaron normas procesales en los artículos 53 y 54, que fueron objeto de una importante reforma mediante la Ley 26.361.

En este Anteproyecto se sigue la misma línea, en primer término, regulándose por separado las acciones individuales de los procesos colectivos de consumo.

Se han efectuado varios ajustes en función de los aportes de la doctrina, y particularmente la jurisprudencia.

La fenomenología del consumo se modifica de manera vertiginosa, y la tutela judicial de los derechos del consumidor demanda normas acordes a la realidad subyacente.

La necesidad de normas procesales en las leyes de fondo se justifica cuando aquéllas son indispensables para asegurar la efectividad de los derechos reconocidos en estas últimas. La Corte ha ratificado en reiterados pronunciamientos la constitucionalidad de tales regulaciones. Además, en un mundo cada vez más globalizado e interconectado de manera instantánea (en donde el fenómeno del consumo es una de las más claras manifestaciones del fenómeno), y en donde los cambios son constantes, contar con presupuestos básicos procesales para toda la Nación constituye una realidad imperiosa.

Ello ha quedado de manifiesto en la regulación del CCC en el que, además de multiplicidad de normas procesales en las diversas Instituciones, se han consagrado partes específicas y estructuradas sobre proceso sucesorio y en las relaciones de familia.

En relación a las normas del proceso (artículo 162) se han efectuado algunos ajustes, ratificándose la solución actualmente vigente, en el sentido de que el proceso de consumo debe regirse por el de conocimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal competente. El consumidor puede solicitar se asigne uno más amplio, y se prevé que el proveedor pueda hacerlo, debiendo en este caso plantearlo por vía de reposición y resolverlo el juez previo traslado al consumidor. De esta manera, se garantiza el derecho de defensa y el debido proceso a todos los involucrados.

Se ha consagrado una norma general de competencia para todos los litigios judiciales de consumo (artículo 164), en donde la regla general dispone que será competente el juez del domicilio real del consumidor. Pero para el caso en que este último sea el actor, cuenta con varias opciones, a su elección. La situación de debilidad negocial estructural del consumidor justifica una solución más favorable a sus intereses.

También se ha potenciado el rol del Ministerio Público Fiscal en todos los procesos de consumo (artículo 165). Su función es trascendental, pues defiende de manera directa el interés general que se encuentra involucrado en las relaciones de consumo. Indirectamente ello puede beneficiar al consumidor particular que interviene en la causa judicial, pero no debe perderse de vista que, sin perjuicio del conflicto de intereses individuales que se ventila en un caso en concreto, la cuestión trasciende notablemente a las partes.

Tanto las normas sobre competencia, como así también las relativas a la intervención del Ministerio Público Fiscal, deben ser aplicadas cuando se está en presencia de una relación de consumo; y también cuando es posible que ella subyazca. Por ende, reviste especial importancia la nómina de presunciones *iuris tantum* establecidas en el artículo 78 del Anteproyecto, emplazado en la regulación de los créditos para el consumo.

Constituye una novedad lo regulado en el artículo 166, en el sentido de que la intervención de terceros, cualquiera sea su naturaleza, estará vedada si el consumidor demandante se opone. Se trata de una solución que busca dotar de mayor efectividad los derechos del consumidor, a fin de evitar dilaciones en el proceso en el que interviene, y sin perjuicio de las ulteriores acciones que pudiera promover el demandado en contra de otros sujetos.

Se mantiene en lo sustancial, en el artículo 167, la regulación relativa a la carga de la prueba de los presupuestos y condiciones de la responsabilidad (que no sólo se limita a la cuestión resarcitoria, sino que se proyecta al incumplimiento en general, se haya o no ocasionado un perjuicio), vinculada a la carga procesal que pesa sobre el proveedor, consistente en



aportar al proceso los elementos que obren en su poder. Se establece en la parte final que el incumplimiento será considerado una presunción en su contra, la que naturalmente admite prueba en contrario. La prueba de los daños resarcibles que el consumidor haya invocado haber padecido se rige por lo establecido en el artículo 1744 del CCC, desde que se trata —en el marco del proceso individual— de una cuestión que atañe a la víctima, y se encuentra adecuadamente resuelta en dicho cuerpo normativo. No se justifica en esta cuestión puntual, por estarse en presencia de una relación de consumo, una solución que escape de las reglas generales.

En el artículo 168 se precisan los alcances del beneficio de justicia gratuita, cuestión que generó opiniones diferentes en el seno de la Comisión. La norma que finalmente se produjo, importa una toma de posición definida en orden a la naturaleza de este beneficio. No se trata de un beneficio de litigar sin gastos, o carta de pobreza, o figura similar, motivada en la carencia de medios económicos para acceder a la Justicia. La finalidad del beneficio aquí reconocido radica en garantizar al consumidor el acceso a la justicia por su condición de tal, sin otro requisito. Es éste uno de los instrumentos que permite dotar de mayor efectividad a los derechos del consumidor, y no se instituye de manera directa en beneficio del actor en particular, sino de todo el colectivo de consumidores. La posibilidad de evitar cortapisas que limiten el acceso a la justicia, constituye en sí misma un instrumento más de regulación del mercado, tendiente a evitar que se produzcan violaciones a los derechos de los consumidores.

Por cierto que ello no importa conceder un permiso para litigar sin consecuencia patrimonial alguna, y de allí que se disponga en la parte final de la norma que el beneficio se pierde en caso de temeridad, malicia o petición inexcusable (por ejemplo, en el caso de reclamarse un daño inexistente).

El criterio del juez al aplicar la regla y la excepción será dirimente a fin de garantizar los derechos de todos los involucrados.

En el artículo 169 se mantiene la legitimación de las Asociaciones de Consumidores para pro-

mover acciones en defensa de sus intereses, ya establecida en la Ley vigente.

Finalmente, en el artículo 170 se consagra la posibilidad de que el juez, en el litigio individual, procure la solución más eficaz del litigio. Pero, además, y siendo que en no pocas ocasiones la cuestión debatida puede eventualmente afectar a consumidores ajenos a la relación procesal entablada en el juicio individual, se prevé que de oficio el juzgador pueda, flexibilizando la congruencia de su pronunciamiento, disponer soluciones que permitan una adecuada tutela de los derechos de los consumidores que no han sido parte en el proceso. Se trata de una aplicación particular de lo establecido en el artículo 1713 del CCC en materia de prevención del daño.

### *V.5.2. Procesos colectivos de consumo*

Para esta sección se han tomado especialmente en cuenta las decisiones de la CSJN, sea su doctrina judicial, en particular la iniciada a partir de la causa Halabi (2009), como también la institucional, emergente de acordada 12/2016.

Asimismo, se han considerado las reglas del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (Ver “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, 2012, Infojus, pág. 689 y ss), que siguieran, a su vez a múltiples antecedentes (vg. el precedente citado en el párrafo anterior; el proyecto de reformas a la Ley 25.675 —General del Ambiente—; las conclusiones del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, etc).

Han sido también una referencia diversos proyectos de corte dogmático existentes. Entre ellos “El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” del “Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”.

Entre los modelos regulatorios del Derecho Comparado se ha considerado en particular el “Código de Defesa do Consumidor” de Brasil pero también el régimen de class actions de los EEUU, en todos los casos a partir de una fuerte consideración de los mandatos constitucionales de la Constitución Argentina y de al cultura jurídica local.

Una especial atención se ha prestado a los proyectos para regular en general los procesos colectivos, en particular el elaborado por la

Comisión del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

En general, el espíritu de la regulación ha sido basarse en los consensos existentes tanto en el ámbito del derecho interno —proyectos, doctrina y jurisprudencia— como en el derecho comparado y evitar una regulación excesivamente detallada.

La legitimación activa se construyó sobre las categorías de intereses consensuadas ya por la doctrina y jurisprudencia (artículo 167). Los presupuestos de admisibilidad generales son los comúnmente exigidos en el derecho comparado y sobre los cuales también existe un amplio consenso (artículo 168). Se regulan presupuestos de admisibilidad específicos para la acción de clase por daños que recogen la tradición existente en el derecho comparado y el camino marcado por la CSJN en la causa Halabi (artículo 169). Se dedica una norma específica a la certificación de la clase (artículo 170), limitándola a los legitimados activos de derecho privado, y en la cual se adoptan los parámetros para evaluar la existencia de “representación adecuada” que se suelen adoptar en el derecho comparado, intentando generar una norma equilibrada, que contemple por un lado, la necesidad de evitar restringir por esta vía la legitimación activa de manera excesiva y, por otro, la cabal conciencia de que al otorgar la representación adecuada el tribunal está invirtiendo a ese sujeto de una función semi pública por la cual se le asigna la gran responsabilidad de defender los intereses generales de la población frente a una problemática social específica. Se diferencian los distintos objetivos posibles del proceso colectivo, lo que permite ordenar mejor su regulación y conforme la doctrina de la CSJN, se establecen reglas de prioridad entre los objetos del proceso según el tipo de interés afectado (artículo 171). La norma del artículo 172 regula cuál es el trámite que debe seguirse para cada sub tipo de proceso colectivo según su objeto; aquí se han privilegiado los procesos que ya cuentan con una amplia tradición, han demostrado su eficacia y se encuentran arraigados en la tradición cultural de litigación argentina, como ocurre con el amparo colectivo; se establece un mecanismo para concentrar el litigio en una sola causa y como regla de cierre, se recurre a la aplicación subsidiaria del CPCC de la

jurisdicción mediante el método del diálogo de las fuentes, lo que implica que debe organizarse la aplicación concurrente orientada por el principio rector que manda a satisfacer en la mayor medida posible el mandato constitucional de proteger al consumidor (artículo 42 de la Constitución Nacional). Se juzgó adecuado avanzar respecto de la regulación existente en una regla que se ocupe de la “notificación pública” del proceso colectivo (artículo 173) de acuerdo a los cánones del derecho comparado, lo que resulta clave para el buen funcionamiento del sistema de efectos de la cosa juzgada, punto en el cual se recurre al que tiene más consenso que es el efecto general pero secundum eventum litis y salvo optout (artículo 174). Se introduce una regla que prevé los contenidos posibles de la sentencia (artículo 175) y otra para regular en particular el contenido y destino de la indemnización por reparación de daños; el criterio rector utilizado como principio ha sido privilegiar el destino de la indemnización a las víctimas cuando el daño es a intereses individuales homogéneos y destino a un fondo común cuando se trata de los demás tipos de intereses. En el párrafo final se regula el instituto del fluid recovery que se encuentra ya tratado en el “Código de Defensa do Consumidor” de Brasil. El Capítulo se cierra con una norma que se ocupa de uno de los aspectos más críticos de los procesos colectivos y que más problemas ha generado en el derecho comparado, que es el momento de la transacción del litigio; tal como ocurre en otros países, se ha recurrido a organizar un procedimiento basado en audiencias públicas para asegurar la transparencia de la negociación del acuerdo, con una amplia participación de las víctimas (artículo 177).

### V.5.3. Prescripción

La problemática de la prescripción liberatoria en las relaciones de consumo fue objeto de tratamiento en el artículo 50 de la LDC, que mereció varias interpretaciones.

Posteriormente, dicho artículo fue modificado por la Ley 26.361. Finalmente, mediante la Ley 26.994 (sanción del CCC), se introdujeron nuevos cambios: se aprobó un nuevo texto del artículo 50, limitándose la regulación de manera exclusiva a las acciones administrativas (“sanciones”, en los términos de la Ley), y nada

## Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

se estableció en relación a las acciones judiciales. En el CCC no se consagraron normas específicas relativas a la prescripción en las relaciones de consumo, lo que ha provocado nuevos contrapuntos interpretativos.

La Comisión ha estimado necesario regular la temática en la nueva Ley.

Para ello, se distingue de manera separada la situación de las acciones judiciales y la de las acciones administrativas.

En relación a las acciones judiciales, se trata por separado la situación de las concedidas al consumidor en contra de los proveedores, y las de estos últimos en contra de los consumidores.

En las primeras se establece un plazo de tres (3) años, que se estima razonable, para el ejercicio de todas las acciones judiciales con que cuenta el consumidor. Y se dispone que si las leyes generales o especiales han consagrado un plazo menor, si el caso constituye una relación de consumo, el plazo también será de tres (3) años. Con ello se pretende la unificación del plazo de prescripción en el trienal, a fin de brindar mayor certeza y seguridad jurídica.

Además de las causales de interrupción y suspensión de la prescripción del CCC, se incorpora aquí una interruptiva específica para las relaciones de consumo: el inicio de actuaciones administrativas, efecto que se mantiene hasta la finalización de dicha instancia. La importancia de esta vía es innegable en materia de relaciones de consumo, y es más que razonable evitar que el plazo de prescripción corra en perjuicio del consumidor mientras se sustancian dichas actuaciones.

Por último, se asigna efecto expansivo a la interrupción y suspensión de la prescripción a los restantes obligados concurrentes frente al consumidor, novedad legislativa que se justifica en el caso atento la mayor protección que cabe asignar a este último en las relaciones de consumo.

Se logra, así, un sistema tuitivo coherente y de sencilla interpretación, que permite dotar de eficacia la protección a los consumidores, y evitar interpretaciones y soluciones diversas en una cuestión tan sensible.

Las acciones judiciales que el proveedor promueve contra el consumidor nunca fueron ob-

jeto de tratamiento específico, lo que también generó importantes diferencias en la doctrina y la jurisprudencia. La solución propuesta consagra como tope el plazo trienal, salvo que las leyes especiales o generales consagren uno menor, caso en el cual se aplica este último.

Finalmente, en el artículo se establece el plazo de prescripción de cinco (5) años para la promoción de la acción judicial de titularidad del Estado en contra de los proveedores, para el cobro de las multas que se les hayan impuesto. El plazo es concordante con el que generalmente se encuentra establecido para el cobro de Tributos en los ordenamientos nacionales y locales, y se entiende razonable en función del nuevo plazo general de prescripción establecido en el artículo 2560 del CCC.

Respecto a las acciones administrativas, se suprime la locución “sanciones” pues no es adecuada. Lo que prescriben son las acciones, y no las sanciones, que constituyen la punición eventual de la que puede ser pasible el proveedor, en caso de incumplimiento de lo establecido en la Ley.

De manera coherente con lo que rige en la Ley vigente, se establece también un plazo de tres (3) años.

En relación a la interrupción de esta prescripción por la comisión e nuevas infracciones (norma que se ha mantenido inalterable desde la sanción de la LDC), se ha entendido razonable que estas sean de similar naturaleza, a fin de evitar las distorsiones que produciría que cualquier comisión de una infracción traiga aparejado el efecto interruptivo de las acciones administrativas que no guardan una razonable relación con aquellas, salvo las de haber sido obradas por el mismo proveedor.

Al efecto interruptivo de la prescripción derivado del inicio de las actuaciones administrativas, se le ha incorporado —de manera similar al caso de las acciones judiciales— el límite temporal consistente en la finalización de dicha instancia.

Estas dos causales de alteración del curso de la prescripción, naturalmente, afectan sólo al plazo de prescripción de las acciones administrativas.

**TÍTULO I  
SISTEMA DE PROTECCIÓN  
DEL CONSUMIDOR**

**Capítulo 1 - El sistema de protección  
del consumidor**

**Sección 1ª - Ámbito de aplicación**

**Art. 1. Relación de consumo.** La relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Tiene como fuente un hecho o acto jurídico, unilateral o bilateral, una práctica o una técnica de marketing. Puede resultar de la tipificación legal, de la voluntad individual, o inferirse a través de la interpretación judicial.

**Art. 2. Categoría de consumidor.** Es consumidor la persona humana o jurídica que adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo originaria, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad son aplicables a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo.

**Art. 3. Consumidores hipervulnerables.** El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados.

**Art. 4. Proveedor.** Es la persona humana o jurídica, de naturaleza pública o privada, que actúa de modo profesional, aún ocasionalmente, desarrollando actividades de producción, prestación de servicios, montaje, creación material o intelectual, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución, comercialización o transporte, destinadas a consumidores o usuarios.

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficial-

mente o autoridad facultada para ello. La exclusión no alcanza al régimen de publicidad, a las prácticas abusivas, a su actividad comercial o a toda otra ajena a su incumbencia profesional. Ante la presentación de denuncias que no se vincularan a los temas alcanzados por esta ley, la autoridad de aplicación informará al denunciante sobre el ente que controle la matrícula respectiva, a los efectos de su tramitación.

Al transporte aéreo se aplica el Código Aero-náutico, los Tratados Internacionales de los que la Argentina sea parte, y esta ley, de modo concurrente y de acuerdo a su materia, criterio que se proyecta a la competencia de las autoridades de aplicación.

**Sección 2ª - Principios**

**Art. 5. Principios.** Se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado. El sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales y tiene el objetivo de tutelar al consumidor, rigiéndose por los siguientes principios:

1. Principios de progresividad y no regresión. El Estado adopta medidas apropiadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de los consumidores que se derivan de las normas internacionales y nacionales, sin retroceder en los estándares de tutela alcanzados en los niveles normativos de protección ni en la implementación de la política de protección del consumidor;

2. Principio de orden público de protección. El sistema de protección del consumidor es de orden público. No es válida la renuncia anticipada de los derechos del consumidor, cualquiera sea su modalidad;

3. Principio de acceso al consumo. El sistema de protección del consumidor garantiza el acceso al consumo de bienes y servicios de calidad;

4. Principio de transparencia de los mercados. El sistema de protección del consumidor provee todo lo conducente al logro de la transparencia de los mercados. El Estado controla las distorsiones que afectan la distribución, condiciones de venta, calidad y precios de bienes y servicios;

5. Principio de consumo sustentable. El sistema de protección del consumidor, de conformidad con el Derecho Internacional Ambiental y las Di-

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

rectrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor; impulsa la protección ambiental y en particular el consumo y la producción sustentables, en función de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Para ello, entre otras medidas, favorece la minimización del uso de materias primas y energías no renovables, así como la generación de la menor cantidad de residuos y el aumento del uso de energías o materias primas renovables o producto de reciclaje;

6. Principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad. El sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad, entre otras;

7. Principio de respeto de la dignidad de la persona humana. Los proveedores, en su actuación en el mercado, deben reconocer y respetar la dignidad de la persona humana conforme a los criterios generales que surgen de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, en el diseño e implementación de políticas públicas, el Estado debe observar el mismo principio;

8. Principio de prevención de riesgos. El Estado y los proveedores actúan preventivamente cuando exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de bienes o servicios que afecten la salud o la seguridad de los consumidores;

9. Principio de precaución. El Estado y los proveedores deben actuar precautoriamente en las situaciones de controversia científica probada, y en general, frente a la incertidumbre científica fundada respecto de la existencia de una amenaza derivada de un bien o servicio, adoptando las medidas eficaces para evitar el daño a los consumidores.

10. Principio antidiscriminatorio. El sistema de protección del consumidor implementa las acciones conducentes con el objetivo que en el mercado no existan actos, omisiones o situaciones discriminatorias. Se consideran especialmente comprendidas en esta prohibición las fundadas en razones de identidad, género, raza, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, nacionalidad, edad, condición social o caracteres físicos de la persona humana.

## *Sección 3ª - Derechos*

**Art. 6. Derechos del Consumidor.** Los consumidores gozan de los derechos que establecen la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, y en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos y las leyes.

## *Sección 4ª - Deberes*

### *Parágrafo 1º - Regla general*

**Art. 7. Deberes de actuación.** Los proveedores y los consumidores deben actuar de buena fe y ejercer de manera regular sus derechos, antes, durante y con posterioridad a la relación de consumo.

### *Parágrafo 2º - Deber de Información*

**Art. 8. Acceso a la información.** Esta ley garantiza el acceso a la información. En tal sentido:

1. Los consumidores, las asociaciones de defensa del consumidor, el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de los municipios, así como también los Ministerios públicos podrán acceder a la información de interés general para el consumidor que se encuentre en poder del Estado nacional, sus agencias autárquicas, entes de control y empresas del Estado nacional, provincias, municipios y comunas, de acuerdo con el principio de máxima publicidad. Respecto de otras personas jurídicas públicas o privadas, el acceso a la información debe adecuarse al principio de respeto de la propiedad y los derechos individuales;

2. El Estado nacional, las provincias y los municipios garantizarán este derecho en condiciones de celeridad y mediante mecanismos eficaces a tales fines, de conformidad con los estándares internacionales en materia de derecho de acceso a la información. Se garantizarán asimismo condiciones especiales para favorecer el acceso a la información de grupos hipervulnerables;

3. El ejercicio de este derecho comprende: a) solicitar y recibir información de las personas precedentemente indicadas, sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se solicita; b) ser informado en forma expedita sobre si la información peticionada obra o no en poder de la persona que recibe la solicitud, y del derecho a impugnar y recurrir la negativa a informar y de los requisitos para ejercer ese derecho;

4. La solicitud de acceso deberá ser evacuada en el plazo de treinta días contados desde su presentación. La información deberá ser entregada en el formato solicitado de manera gratuita. Si no estuviera disponible en ese formato deberá proporcionarse en el que existiere. La solicitud se rige por el principio de informalidad;

5. Para el supuesto de acceso a la información pública y en todo lo que aquí no se regule de manera diferente o se oponga a la presente, rige lo dispuesto en la Ley N° 27.275, o la que en el futuro se dicte.

**Art. 9. Denegación del acceso a la información.** La denegación del acceso a la información deberá ser justificada y comunicada al solicitante. Podrá fundarse en las siguientes causas:

1. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de una persona humana;
2. Afectar la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;
3. Amenazar o afectar la protección del ambiente;
4. Generar un riesgo probable y específico de daño significativo a la ejecución de la ley, o a la prevención o a la persecución de delitos;
5. Vulnerar un secreto legal.

Los motivos excepcionales de denegación son de interpretación restrictiva.

**Art. 10. Deberes a cargo del Estado.** Se establece que:

1. El Estado nacional, sus agencias autárquicas, entes de control y empresas del Estado, provincias, municipios y comunas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben proveer al consumidor toda la información necesaria para el eficaz ejercicio de sus derechos de manera clara, precisa, completa, veraz y comprensible, instrumentando mecanismos eficaces adecuados a tal fin; en especial, en cuestiones vinculadas a la adquisición y utilización de bienes y servicios puestos en el mercado y a los riesgos e incertidumbres que ellos traigan aparejados;

2. La información debida comprende la información ambiental de concesiones, contratos, autorizaciones previas que hayan sido otorgadas por el Estado nacional, las provincias o municipios y

comunas, así como la información sobre la calidad ambiental de los bienes y servicios, sus efectos en la salud humana, promoviendo de esta manera patrones de producción y consumo sustentables;

3. Debe comunicarse de modo eficaz cualquier circunstancia que, con posterioridad a la introducción del bien o servicio en el mercado, pueda ocasionar alguna amenaza o perjuicio a los consumidores; y también la de hacer conocer los productos y servicios que hayan sido prohibidos, retirados del mercado o sometidos a restricciones rigurosas; tanto para los nacionales como para los extranjeros que se comercialicen en el país;

4. Los medios de comunicación de titularidad estatal, cualquiera sea su soporte, dedicarán espacios y programas no publicitarios a la información y educación de los consumidores, garantizándose el acceso y participación de las asociaciones de consumidores legitimadas por esta ley y los demás grupos o sectores interesados. Deberá ser objeto de especial atención la situación de los consumidores hipervulnerables;

5. Las autoridades administrativas publicarán mensualmente en sus páginas web todas las resoluciones dictadas con motivo de actuaciones de oficio o denuncias formuladas por consumidores que hayan quedado firmes y consentidas, en texto completo, sin consignar los datos que identifiquen al denunciante.

**Art. 11. Obligación de generar información de interés para la seguridad de los consumidores.** El Estado nacional, sus agencias y entes de control y las provincias, así como los proveedores de bienes y servicios, deberán realizar de manera progresiva todo lo necesario para generar, recopilar, investigar y producir información, inclusive la ambiental pertinente, que sea de interés para la seguridad de los consumidores. Asimismo están obligados a difundirla y ponerla a disposición del público de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible, comprensible y a actualizarla de manera periódica.

**Art. 12. Obligación general de informar a cargo del proveedor.** En el decurso de la relación de consumo los proveedores están obligados a suministrar al consumidor información clara, precisa, completa, veraz y comprensible respecto de las características esenciales de los bienes y servicios que ofertan o proveen, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante en razón de su naturaleza y particularida-

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

des. Esta obligación comprende todas las informaciones sobre riesgos, incertidumbres y cuestiones ambientales establecidas en el artículo 11 en tanto fueren pertinentes.

**Art. 13. Modo de comunicar la información.** La información deberá ser transmitida de conformidad a las siguientes reglas:

1. La información debe ser proporcionada de manera fácilmente accesible para el consumidor, mediante mecanismos apropiados para su adecuada comprensión, especialmente en el caso de consumidores hipervulnerables, cuando tal situación sea conocida o deba serlo por el proveedor, o resulte evidente en función de las circunstancias que conformen el contexto de la relación de consumo;

2. La información deberá ser comunicada de manera fehaciente bajo las siguientes reglas: a) en soporte papel o electrónico, a opción del consumidor, quien a tales fines deberá proporcionar una dirección electrónica; b) en los contratos celebrados por medios electrónicos, la información podrá transmitirse por la misma vía; c) conforme lo disponga otra disposición legal o reglamentaria;

3. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en idioma español, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario. En el caso de bienes o servicios importados, los proveedores son responsables del contenido de la traducción.

**Art. 14. Contenido mínimo.** Sin perjuicio de lo establecido en las normas especiales, los proveedores están obligados a informar de manera fácilmente perceptible al consumidor, en función de las características del bien o servicio de que se trate, lo siguiente:

1. Denominación, composición, fecha de producción, fecha de vencimiento o caducidad e instrucciones para su instalación, uso, mantenimiento y funcionalidad;

2. Los riesgos e incertidumbres que entraña su utilización, cumpliendo con la normativa específica para su comercialización, de conformidad a lo establecido en el artículo 17, segundo párrafo;

3. Datos identificatorios del proveedor: nombre, domicilio y número de CUIT;

4. Garantías y servicios de postventa y asistencia técnica;

5. Las condiciones de su comercialización: naturaleza y contenido del acto; modalidades de la ejecución del contrato; fecha de entrega, ejecución del contrato y su duración; en su caso, precio, formas y condiciones de pago, costos y cargos adicionales, descuentos, tasas de interés, modalidades de financiación, y tributos a cargo del consumidor;

6. Cuando con posterioridad a la introducción de los bienes y servicios en el mercado se tome conocimiento de su peligrosidad, los proveedores deberán hacerlo saber inmediatamente a los consumidores, a su exclusivo costo y cargo, mediante mecanismos de comunicación eficientes que les garanticen la efectiva posibilidad de conocer tal circunstancia; entre otros, a través de anuncios publicitarios por la prensa, radio, televisión e internet. Deberán, también de manera inmediata, comunicarlo a las autoridades competentes, y en su caso, retirarlos del mercado.

**Art. 15. Sobreinformación.** La sobreinformación al consumidor tiene los mismos efectos que el incumplimiento de la obligación de informar. Se considera tal el suministro de información en exceso, o de suma complejidad, sin las aclaraciones necesarias para que sea asequible por su destinatario, o que de cualquier manera, por tales razones, impida la adecuada comprensión del mensaje, y sea relevante en función del bien o servicio de que se trate.

**Art. 16. Cumplimiento e incumplimiento: efectos.** La obligación de informar a los consumidores es un deber de hacer en los términos del art. 774 inc. c) del Código Civil y Comercial, y su incumplimiento total, parcial o defectuoso genera responsabilidad objetiva de acuerdo a lo establecido en el art. 1723 del mismo cuerpo legal.

La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación recae sobre los proveedores. Sin perjuicio de los demás efectos establecidos en esta ley o en leyes especiales:

1. En la etapa precontractual, el incumplimiento de la obligación de informar facultará al consumidor, a su libre elección, a exigir su cumplimiento, o si el contrato se hubiese perfeccionado, a pedir la nulidad, o de una o más de sus cláusulas;

2. En la etapa contractual, el consumidor podrá optar por exigir el cumplimiento o resolver el contrato, cuando el incumplimiento fuere esencial;

3. En todos los casos, incluso en la etapa post-contratual, podrá reclamar el resarcimiento de los daños ocasionados.

*Parágrafo 3º - Deberes de protección y seguridad*

**Art. 17. Deberes de protección y seguridad.** Los proveedores deben adoptar las medidas necesarias para proteger la persona y los bienes de los consumidores en el ámbito de la relación de consumo.

Sin perjuicio de reglamentaciones especiales, este deber comprende el de garantizar la inocuidad de los bienes y servicios incorporados al mercado.

En el caso de bienes o servicios que puedan suponer un especial riesgo para la salud o integridad física de los consumidores, deberán extremarse los mecanismos de seguridad en su comercialización y las instrucciones e información tendientes a garantizar su seguridad, que deben ser presentadas de manera ostensible y en su caso, utilizando signos de alerta universalmente reconocidos. Todo ello, sin perjuicio de otras medidas que dispongan las autoridades en situaciones concretas.

La comunicación del riesgo debe ser transparente, precisa y adecuada, debe ser comunicada al público sin dilaciones a los fines de disminuir las consecuencias dañosas, y su llegada y comprensión por parte de todos los sectores sociales deben estar garantizadas.

Las advertencias sobre riesgos deben ser especialmente individualizadas y destacadas para favorecer su identificación como tales por parte de los consumidores.

En el caso de que la comunicación del riesgo comprenda una alerta, además de cumplir con las condiciones anteriores, debe evitar generar una situación de pánico social.

Independientemente de otros efectos que correspondan, el incumplimiento de las disposiciones de este artículo da lugar a la prevención y la reparación de los daños causados a los consumidores, en los términos y con los alcances previstos en el Título IV de la presente ley.

**Art. 18. Condiciones de seguridad.** Los proveedores de bienes y servicios, en el marco del deber de seguridad, deben cumplir con las normas nacionales específicas que rigen la autorización administrativa previa en la materia. Además de ello, en cualquier caso, el bien o servicio debe cumplir con una evaluación de la seguridad que deberá basarse en la aplicación de las mejores prácticas y tecnologías disponibles, el estado actual de los conocimientos y de la técnica al momento de la puesta en el mercado, y el nivel de seguridad que puedan esperar razonablemente los consumidores.

*Sección 5ª - Prácticas abusivas*

**Art. 19. Ámbito de aplicación.** Las disposiciones de esta Sección son aplicables a todas las personas expuestas a prácticas abusivas o ilícitas, determinables o no, indicadas en el artículo 2º.

En cumplimiento de las exigencias emergentes de los Tratados de Derechos Humanos, la protección de la hipervulnerabilidad reviste especial significación en este ámbito.

**Art. 20. Trato digno. Principio general.** Los proveedores deben adecuar sus conductas al principio de respeto de la dignidad de la persona humana. Deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y abstenerse de desplegar conductas que los coloquen en situaciones vergonzantes, vejatorias, intimidatorias o cualquier otra que resulte restrictiva de sus derechos fundamentales.

**Art. 21. Trato equitativo y no discriminatorio.** Principio general. Los proveedores deben ofrecer y dispensar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, ni incurrir en conductas u omisiones que distingan, excluyan, restrinjan o menoscaben de manera arbitraria a los consumidores por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, condición física, psicofísica o socio-económica, nacionalidad, o cualquiera otra que violente el principio de respeto de la dignidad de la persona humana.

**Art. 22. Restricciones a las libertades del consumidor que configuran prácticas abusivas.** Están prohibidas las prácticas que condicionan o restringen indebidamente la libertad del consumidor o usuario, en especial:



# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

1. Enviar o entregar al consumidor cualquier producto, o proveer cualquier servicio sin solicitud previa. Queda prohibida la realización de una propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre un bien o servicio que no haya sido requerido previamente y que pueda generar un cargo que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efective. Si con esta práctica abusiva se envió una cosa, el consumidor receptor no está obligado a conservarla ni a restituirla al remitente aunque la restitución pueda ser realizada libre de gastos;

2. Subordinar la provisión de un bien o la prestación de servicios a la adquisición o contratación simultánea de otros, o procedimientos similares que persigan idéntico objetivo;

3. Ejecutar servicios sin la previa elaboración de presupuesto y autorización expresa del consumidor, salvo los derivados de prácticas anteriores acordadas entre las partes;

4. Negar o condicionar injustificadamente la adquisición de bienes o la provisión de servicios al consumidor o usuario;

5. Aumentar sin justa causa el precio de bienes o servicios con posterioridad a la oferta hecha pública, durante el tiempo en que se realice;

6. Acudir a la sorpresa, al acoso, la coacción, la fuerza o la influencia indebida, a fin de que el consumidor decida una contratación que de otra manera no hubiera efectuado o que hubiera podido efectuar en mejores condiciones;

7. Desplegar una conducta engañosa que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta las características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor tome una decisión sobre una contratación que no hubiera realizado o que hubiera efectuado en mejores condiciones.

**Art. 23. Atención al consumidor o usuario.** El trato digno comprende la obligación de atención al consumidor o usuario, adecuada a las condiciones de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad. El proveedor debe disponer de los recursos y procedimientos suficientes a fin de recibir las consultas que pudieran formularse, escuchar, informar y aconsejar al consumidor, receptar sus reclamos y darle una respuesta adecuada y en tiempo razonable. De acuerdo a las circunstancias, el proveedor deberá habilitar centros de atención de acceso real

y efectivo, contando para ello con personal capacitado e infraestructura adecuada.

**Art. 24. Atención prioritaria.** Los proveedores de bienes y servicios deberán garantizar, en sus establecimientos, la atención prioritaria a las mujeres embarazadas, personas con discapacidad, mayores, acompañadas con niños o niñas de escasa edad, o que por alguna razón objetiva se encuentren en una situación que dificulte su desplazamiento o movilidad. Se entiende por prioritaria a la atención prestada en modo inmediato y sin dilaciones.

**Art. 25. Tiempo de espera.** Los proveedores de bienes y servicios deben garantizar que el tiempo de espera en sus establecimientos, no supere el término de 30 (treinta) minutos y que toda persona que concurra al lugar, dentro del horario establecido para la atención al público, sea efectivamente atendida.

A tal efecto, deberán instrumentar mecanismos para documentar y constatar de modo fehaciente el horario en que el usuario o consumidor comienza la espera de su turno y el momento en que es efectivamente atendido. Se establece un período de 6 (seis) meses a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, para la instalación de sistemas mecánicos y/o electrónicos que emitan comprobante de turnos de espera.

Todo consumidor o usuario que deba permanecer por más de 30 (treinta) minutos para ser atendido, puede asentar su queja en el libro habilitado al efecto. El proveedor deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, notificar a la autoridad de aplicación de la queja junto a todos los antecedentes documentales.

En ese contexto, y de acuerdo a las circunstancias, se consideran abusivas, por resultar contrarias a las condiciones de atención mencionadas en las disposiciones precedentes, a:

1. La espera en condiciones de incomodidad dentro del establecimiento del proveedor. Del mismo modo se entenderá, la que deba soportar el consumidor o usuario en la vía pública, expuesto a las inclemencias climáticas, debido a la inadecuación funcional o estructural del establecimiento;

2. La falta de sanitarios de acceso libre y gratuito en los establecimientos;

3. El tiempo de espera superior a los 30 (treinta) minutos para ser atendido, aun cuando se provea de asientos, existan instalaciones sanitarias, agua potable y el orden de atención sea según comprobante numerado.

Estas previsiones podrán ser aplicables a la espera telefónica o por medios electrónicos o similares, en todo aquello que resulte pertinente.

**Art. 26. Otras prácticas abusivas.** Se considerarán también abusivas, entre otras, las siguientes prácticas:

1. Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios;

2. Desplegar conductas que de modo directo o indirecto estereotipen, promuevan o estimulen patrones socioculturales sustentados sobre la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres;

3. Llevar adelante cualquier estrategia de comercialización o contratación que pueda significar un menoscabo a la intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad del consumidor;

4. Prevalerse de las necesidades estructurales o coyunturales, la ignorancia, la ligereza o la inexperiencia del consumidor para concretar una contratación o hacerlo en condiciones menos favorables a sus intereses;

5. Estimular la adquisición de bienes o la prestación de servicios que, en un contexto o circunstancias determinadas, expongan o potencien riesgos a la salud o la seguridad del consumidor o usuario;

6. Condicionar, dificultar o agravar las condiciones de ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor o usuario;

7. Ejecutar cualquier conducta lesiva para el consumidor como respuesta al ejercicio de sus derechos. En particular, difundir información despectiva, referida a actos practicados en defensa de aquéllos;

8. Llevar adelante procedimientos de reclamación o cobranza intimidatorios o que generen situaciones agraviantes o denigratorias para el consumidor o su familia. En los reclamos extrajudiciales de deudas, el proveedor deberá abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial;

9. No estipular plazos para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor cuando la legislación no establece supletorios o fijarlos arbitrariamente en su beneficio;

10. Negar la participación en actividades organizadas por el establecimiento educativo, el otorgamiento de reconocimientos u honores, o la entrega de títulos o certificados que acrediten la conclusión de estudios de cualquier nivel y/o cualquier otra documentación, ante la existencia de obligaciones pendientes;

11. La sobreventa de abonos por servicios que exceda la capacidad operativa o de gestión del proveedor. De igual modo, la venta de sobrecupos en espectáculos públicos y en servicios de transporte de pasajeros, incluidos los aéreos.

**Art. 27. Responsabilidades y sanciones.** Los sujetos alcanzados por esta Sección gozan de la tutela preventiva y resarcitoria contra el proveedor a consecuencia de las prácticas abusivas antes descriptas. La responsabilidad es solidaria y se proyecta incluso a quien actuare en nombre de aquél, sea o no un profesional liberal, y no excluye otras sanciones administrativas.

En el ámbito de las prácticas abusivas, la sanción punitiva prevista en el artículo 128 deberá ser especialmente ponderada, atento a la afectación de derechos fundamentales o derechos humanos. En tal caso, el destino de la sanción punitiva deberá, al menos parcialmente beneficiar al consumidor afectado.

#### *Sección 6ª - Diálogo de las fuentes*

**Art. 28. Diálogo de las fuentes.** Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armónizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen.

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

## Capítulo 2 - Política de protección del consumidor

**Art. 29. Deberes de la Administración Pública.** Los funcionarios y empleados públicos, y en particular, con competencias generales y especiales en las relaciones de consumo, proveerán a la protección de los derechos de los consumidores, reconocidos en la Constitución Nacional, en esta ley y otras leyes y normas complementarias.

Las autoridades proveerán asimismo:

1. A la educación para el consumo;
2. A la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados;
3. Al control de los monopolios naturales y legales;
4. Al control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos;
5. A la constitución de asociaciones de consumidores y a su necesaria participación en la toma de decisiones de los organismos de control;
6. A establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos;
7. Al desarrollo de toda otra política pública tendiente a garantizar el efectivo goce de los derechos de los consumidores.

**Art. 30. Políticas de defensa del consumidor.** Las autoridades deberán formular y fortalecer una política enérgica de protección del consumidor.

Deberán establecer una infraestructura adecuada que permita formular, aplicar, monitorear y controlar el funcionamiento de las políticas de protección del consumidor, garantizando que las medidas dirigidas a ese propósito se apliquen en beneficio de todos los sectores de la población.

Promoverán y facilitarán el acceso a las tecnologías de la información y de las comunicaciones en miras del afianzamiento de los derechos humanos del consumidor. Formularán políticas transparentes y eficaces de protección del consumidor en el ámbito del comercio electrónico, que garanticen un grado de tutela que no sea inferior al otorgado en otras modalidades de comercio.

**Art. 31. Programas especiales.** Incumbe al Estado nacional, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las provincias y a los municipios, garantizar la implementación de políticas activas y programas de defensa, educación e información,

destinadas a consumidores que se encuentren en situación desventajosa.

**Art. 32. Políticas sobre derechos económicos, sociales y culturales.** Las autoridades tomarán las medidas apropiadas para promover:

1. La efectividad del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestimenta y vivienda;
2. Una mejora continua de las condiciones de existencia.

**Art. 33. Educación al consumidor.** Incumbe al Estado Nacional, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las provincias y a los municipios, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, arbitrando las medidas necesarias para incluir dentro de los planes oficiales de educación inicial, primaria, media, terciaria y universitaria los preceptos y alcances de esta ley.

**Art. 34. Formación del Consumidor.** La formación del consumidor debe facilitar la comprensión y utilización de la información sobre temas que le son inherentes, orientarlo a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de bienes o de la utilización de los servicios. Para ayudarlo a evaluar alternativas y emplear los recursos en forma eficiente deberán incluir en su formación, entre otros, los siguientes contenidos:

1. Sanidad, nutrición, prevención de las enfermedades transmitidas por los alimentos y su adulteración;
2. Los peligros y el rotulado de los productos;
3. Legislación pertinente, forma de obtener compensación y los organismos de protección al consumidor;
4. Información sobre pesas y medidas, precios, calidad y disponibilidad de los artículos de primera necesidad;
5. Protección del medio ambiente y utilización eficiente de materiales.

## TÍTULO II PROTECCIÓN CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR

### Capítulo 1 - Disposiciones generales

**Art. 35. Contrato de consumo. Principio de obligatoriedad.** Los contratos de consumo obli-

gan dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Los jueces tienen facultades para morigerar o revisar sus estipulaciones cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecte el orden público.

**Art. 36. Integración normativa.** Las normas de este Título se integran y armonizan con las reglas y principios del Código Civil y Comercial, como así también con las leyes especiales que alcanzan a los contratos de consumo conforme el principio fundamental de protección del consumidor. En caso de conflicto de normas, se aplicará la que resulte más favorable para el consumidor.

**Art. 37. Principios generales y contrato de consumo.** El juez deberá ponderar especialmente en las diferentes etapas del contrato de consumo y para su integración a los principios de respeto de la dignidad de la persona humana, buena fe, confianza, ejercicio regular de un derecho y orden público de protección, entre otros. En condiciones de hipervulnerabilidad del consumidor, cabe acentuar lo aquí previsto.

**Art. 38. Manifestación inequívoca.** En los contratos de consumo debe constar de forma inequívoca la voluntad de contratar del consumidor o, en su caso, de poner fin al contrato.

**Art. 39. Formalización del contrato.** El contrato de consumo debe formalizarse por instrumento privado, salvo que se trate de un contrato a distancia, o deba celebrarse en escritura pública. La instrumentación será gratuita para el consumidor, a excepción de la exigencia indicada en último término. Deben redactarse en tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto.

Sin perjuicio de la información exigida por otras normas legales, deberá constar:

1. La descripción y especificación del bien o servicio;
2. Nombre y domicilio del proveedor, en especial de quien lo comercializa, fabrica, distribuye o importa, cuando correspondiere;
3. La mención de las características de la garantía o conformidad conforme a lo establecido en esta ley;
4. Plazos y condiciones de entrega;

5. El precio y condiciones de pago, si lo hubiere;

6. Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente;

El proveedor deberá entregar recibo y copia del instrumento o soporte respectivo.

## Capítulo 2 - Protección antecontractual

**Art. 40. Protección antecontractual.** Los consumidores tienen en las situaciones antecontractuales y en la etapa previa a la conclusión del contrato o su celebración, derecho a la protección de sus intereses económicos, a la seguridad, al trato equitativo y digno, y a la información.

Los proveedores serán responsables frente al consumidor por la violación de estos derechos y los daños que generen.

**Art. 41. Nulidad.** En caso de que el proveedor viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas.

## Capítulo 3 - La oferta

**Art. 42. Oferta. Equiparación.** La oferta es la declaración unilateral de voluntad dirigida a persona determinada o al público, realizada con la intención de contratar por medio de ella si es aceptada y que contiene los elementos y cláusulas suficientes para formar un contrato.

Se equipara en sus efectos a la oferta toda información o publicidad, difundida por cualquier medio de comunicación con relación a productos o servicios, que se proporcione por medios publicitarios, siempre que cumpla con los requisitos establecidos para la oferta.

**Art. 43. Carácter vinculante.** La oferta que se conozca fuera del local de comercialización debe prever un plazo de vigencia acorde con la cantidad de bienes o la capacidad prestacional de los servicios disponibles, o informar de modo preciso y destacado sobre estas circunstancias. El oferente está obligado a mantener la oferta durante el plazo de vigencia antes indicado. En consecuencia, de mediar aceptación en tal plazo, el contrato quedará perfeccionado.

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

La oferta sólo puede retirarse antes de que hubiera llegado a conocimiento de los consumidores.

Quedan exceptuadas de este régimen, las ofertas que se hagan por medios que solo pueden ser conocidas por el consumidor concurriendo al local comercial.

## Capítulo 4 - Publicidad

**Art. 44. Valor contractual de la publicidad.** Las afirmaciones o informaciones contenidas en la publicidad, son obligatorias e integran el contrato en caso de ser celebrado. La regla anterior no se aplica en caso de que las afirmaciones o informaciones sean perjudiciales para el consumidor.

La contradicción entre las afirmaciones o informaciones de la publicidad y el contrato, se resolverá en el sentido más favorable al consumidor.

**Art. 45. Publicidad abusiva.** Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1101 inciso c) del Código Civil y Comercial, se consideran abusivas aquellas publicidades que atenten contra el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, la identidad de género y las que afecten de cualquier modo los bienes ambientales o culturales.

## Capítulo 5 - Eficacia, ineficacia e incumplimiento

**Art. 46. Control de inclusión en los contratos de consumo.** La redacción del contrato debe ser hecha en idioma español, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas o condiciones particulares, deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes.

Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas deberán contener al comienzo, en una sola página, un resumen de su contenido y las disposiciones más relevantes. Por vía legal o reglamentaria se podrá establecer el formato y contenido, según los casos.

El proveedor que preste servicios o comercialice bienes a consumidores mediante la celebración de contratos por adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir. Así mismo debe entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a

suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite. En dichos locales se exhibirá un cartel en un lugar visible con la siguiente leyenda: 'Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que proponemos firmar'.

**Art. 47. Control de contenido.** Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que:

1. Desnaturalicen las obligaciones del proveedor;
2. Importen renuncia o restricción a los derechos del consumidor o amplíen los derechos del proveedor;
3. Sorprendan al consumidor, sea por su contenido, redacción o presentación;
4. Vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del proveedor;
5. Limiten la responsabilidad por daños;
6. Contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
7. Sometan al consumidor a un tribunal distinto del que corresponda a su domicilio real o legal;
8. Infrinjan o posibiliten la violación de reglas y principios que protegen la identidad de género, o los bienes ambientales o culturales.

**Art. 48. Control administrativo en el contrato de consumo celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas.** La autoridad de aplicación controlará que los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas no contengan cláusulas abusivas, en especial respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas, redactadas unilateralmente por el proveedor del bien o servicio.

Cuando requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta adoptará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación.

En cualquier caso, el control administrativo no obsta al control judicial.

**Art. 49. Interpretación e integración del contrato de consumo.** La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcan-

ces de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

Para la integración del contrato en caso de nulidad de cláusulas abusivas, se estará a lo dispuesto en el artículo 1122 inciso c) del Código Civil y Comercial.

**Art. 50. Incumplimiento.** El incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, surgidas de situaciones ante contractuales, la oferta, la publicidad o el contrato, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, según el caso y a su libre elección a:

1. Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;
2. Reclamar otro producto o prestación de servicio económicamente equivalente;
3. Resolver el contrato mediante la notificación fehaciente de su voluntad extintiva. Respecto de sus efectos, resultará de aplicación lo previsto en los artículos 1081, 1082 y 1083 del Código Civil y Comercial.

Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños que correspondan, como también del ejercicio opcional del régimen de garantías, dentro de los límites que resultan del ejercicio regular de los derechos.

## Capítulo 6 - Garantía por vicios de calidad por inadecuación

### Sección 1ª - Aspectos generales

**Art. 51. Vicios de calidad por inadecuación.** Los proveedores de bienes y servicios son solidariamente responsables, en los términos previstos en este Capítulo, por los vicios de calidad por inadecuación.

Los bienes o servicios de consumo tienen un vicio de calidad por inadecuación cuando:

1. Sean impropios para el consumo al que se destinan de acuerdo a su función. En materia de servicios ello ocurrirá cuando no se adecuen a las normas administrativas o a los resultados que razonablemente puede esperarse de los mismos;
2. No tengan cierta calidad o funcionalidad durante un tiempo determinado o exista obsolescencia programada;

3. Afecten la identidad entre lo contratado y lo efectivamente entregado;

4. Exista disparidad, mas allá de las variaciones resultantes de la naturaleza del bien, entre las cantidades informadas en el envase, empaque, rotulado o publicidad y el contenido neto;

5. El bien o el servicio no satisfaga las expectativas legítimas que cabe al adquirente esperar de esa clase de bienes.

**Art. 52. Cláusula de restricción o exclusión de garantía.** Son cláusulas abusivas las de restricción o exclusión de la garantía por vicios de calidad por inadecuación o las que atenúan de cualquier manera las obligaciones o responsabilidades del proveedor al respecto.

### Sección 2ª - Garantías

**Art. 53. Garantía de servicio técnico de cosas muebles.** En los casos de los vicios de calidad por inadecuación previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 51, los proveedores estarán obligados por una garantía posterior a la comercialización que tendrá un plazo de duración de seis (6) meses cuando se trate de bienes muebles de consumo usados y de un año cuando se trate de bienes muebles de consumo nuevos. Ambos plazos se cuentan desde que el consumidor recibe el bien. Durante la vigencia de la garantía, serán a cargo del responsable de la misma todos los gastos necesarios para la reparación de la cosa.

Los proveedores tienen la obligación de garantizar un servicio técnico a los consumidores y son solidariamente responsables por su correcta y adecuada organización y prestación efectuada en el servicio post venta.

**Art. 54. Certificado de garantía de cosas muebles.** El certificado de garantía debe respetar las condiciones de formalización previstas en el artículo 39, primer párrafo, y contendrá como mínimo:

1. La identificación del vendedor o comercializador, fabricante, importador o distribuidor responsable de la misma. Cuando el vendedor o comercializador no notificara al fabricante o importador la entrada en vigencia de la garantía de una cosa, la misma comenzará a regir desde la fecha del documento de venta;

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

2. La identificación de la cosa con las especificaciones técnicas necesarias para su correcta individualización;

3. Las condiciones de uso, instalación y mantenimiento necesarias para su funcionamiento;

4. Las condiciones de validez de la garantía y su plazo de extensión;

5. Las condiciones de reparación de la cosa con especificación del lugar donde se hará efectiva.

En caso de ser necesaria la notificación al fabricante o importador de la entrada en vigencia de la garantía, dicho acto estará a cargo del vendedor. La falta de notificación no libera al fabricante o importador de la responsabilidad solidaria que pudiera corresponder.

Cualquier cláusula cuya redacción o interpretación contrarién las normas del presente artículo es nula y se tendrá por no escrita.

**Art. 55. Garantía convencional.** El otorgamiento a título gratuito u oneroso de una garantía convencional, determina que el cómputo de los plazos de caducidad previstos en el artículo 53, comiencen a correr una vez extinguida aquélla.

**Art. 56. Garantía de suministro de partes y repuestos.** Pese a la extinción de la garantía indicada en el artículo 53, los proveedores tienen la obligación de asegurar al consumidor el suministro de partes y repuestos, durante un lapso razonablemente esperado según la naturaleza del bien. El vendedor podrá quedar eximido cuando exceda su previsible disponibilidad

**Art. 57. Garantía por deficiencias en el servicio prestado.** Si dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que concluyó el servicio se evidenciaren deficiencias o defectos en el trabajo realizado, el prestador del servicio estará obligado a corregir todas las deficiencias o defectos o a reformar o a reemplazar los materiales y productos utilizados sin costo adicional de ningún tipo para el consumidor.

Se considera que el plazo comienza a correr desde que concluyó la prestación del servicio. Cuando por las características del caso no fuere posible comprobar la eficacia del servicio inmediatamente de finalizado, el mismo comenzará a correr desde que se den las condiciones en que aquélla pueda constatarse.

**Art. 58. Certificado de garantía por servicio.** La garantía sobre un contrato de prestación de servicios deberá documentarse por escrito haciendo constar:

1. La correcta individualización del trabajo realizado;

2. El tiempo de vigencia de la garantía, la fecha de iniciación de dicho período y las condiciones de validez de la misma;

3. La correcta individualización de la persona, empresa o entidad que la hará efectiva.

## *Sección 3ª - Servicio técnico de cosas muebles*

**Art. 59. Uso del servicio posterior a la comercialización.** Los proveedores deben informar a los consumidores de manera adecuada las condiciones para el uso del servicio posterior a la comercialización. Las condiciones publicitadas son obligatorias para los proveedores.

En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo.

Si la cosa debiera trasladarse a fábrica o taller para efectivizar la garantía, el consumidor deberá notificar al responsable de la misma para que en el plazo de cuarenta y ocho (48) horas de recibida la comunicación realice el transporte.

Cuando no se realice dentro de ese lapso, el consumidor podrá disponer el traslado sin comunicación previa al responsable de la garantía, pero en tales casos éste no quedará obligado sino hasta los importes de flete y seguro corrientes en plaza. El traslado deberá hacerse al centro de reparación más próximo al lugar donde la cosa se encuentre, si no indicare otro el responsable de la garantía.

El tiempo durante el cual el consumidor está privado del uso de la cosa en garantía, por cualquier causa relacionada con su reparación, debe computarse como prolongación del plazo de garantía.

Se entiende que el consumidor está privado del uso del bien desde que fue entregado al responsable de la garantía a efectos de su reparación, y hasta que éste la entregue a aquél.

**Art. 60. Constancia de Reparación.** Cuando la cosa hubiese sido reparada bajo los términos de una garantía, el garante estará obligado a entregar al consumidor una constancia de reparación en donde se indique:

1. La naturaleza de la reparación;
2. Las piezas reemplazadas o reparadas;
3. La fecha en que el consumidor le hizo entrega de la cosa;
4. La fecha de devolución de la cosa al consumidor.

**Art. 61. Reparación no satisfactoria.** La reparación es no satisfactoria cuando el servicio de reparación efectuado no permite que el bien de consumo reparado reúna las condiciones óptimas para cumplir con la función para la cual ha sido creado.

Se entenderá que se configura el carácter no satisfactorio de la reparación cuando se verifique, algunos de los siguientes supuestos, a saber: el bien no reúne las condiciones necesarias para su uso normal; existe falta de certeza de que el uso del bien sea seguro o las reparaciones hubieran solucionado definitivamente el problema; luego de realizadas las reparaciones el bien no queda en el estado anterior a la aparición de los desperfectos; el vicio persiste a pesar de la cantidad de reparaciones, entre otros.

En caso de reparación no satisfactoria, y siempre que no se encuentre afectada o amenazada la seguridad del consumidor, éste tendrá derecho a optar por:

1. La sustitución de la cosa adquirida por una cosa de idéntica característica, u otro económicamente equivalente comercializada por el proveedor. En caso de procederse al cambio del bien, el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de entrega de la cosa nueva;
2. La disminución proporcional del precio;
3. Resolver el contrato, devolviendo el bien en el estado en que se encuentre a cambio de la devolución del precio pagado conforme al precio de plaza de la cosa, vigente al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales.

En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide el ejercicio de otros derechos,

como la reclamación de los eventuales daños que pudieren corresponder.

#### *Sección 4ª - Vicios ocultos y ruina en el ámbito inmobiliario*

**Art. 62. Vicios redhibitorios y vicios ocultos en la contratación inmobiliaria de consumo.** La categoría de vicios de calidad por inadecuación comprende los vicios redhibitorios y los vicios ocultos en la adquisición de inmuebles. En estos casos las reglas de esta ley se integrarán con las del régimen de saneamiento del Código Civil y Comercial, cuando así fuere necesario, las que deben ser armonizadas a partir del principio de protección del consumidor. La misma integración cabrá en materia de ruina de la construcción de inmuebles, en la medida que el vínculo constituya una relación de consumo.

**Art. 63. Efectos.** La existencia de un vicio oculto dará lugar a las siguientes acciones:

1. La resolución total o parcial del contrato; si la resolución es parcial la contraprestación que pagó el consumidor, o que éste se obligó a pagar, se reduce en la medida en que el vicio afecte su valor;
2. La disminución proporcional del precio, en su caso;
3. La reparación o su sustitución por otra económicamente equivalente, libre de vicio en su caso.

El consumidor podrá acumular la acción para obtener la reparación de los daños.

El adquirente no tiene derecho a la resolución si el vicio es subsanable, y el garante ofrece hacerlo y él no acepta.

**Art. 64. Ejercicio de la garantía por vicios ocultos.** La prescripción de la acción es de 3 años.

#### **Capítulo 7 - Contratos conexos**

**Art. 65. Conexidad. Acción preventiva, acción directa y tutela resarcitoria.** La conexidad descripta en el artículo 1073 del Código Civil y Comercial y la tutela de la confianza, podrán habilitar al consumidor según las circunstancias, a quien sea parte en alguno de los contratos coligados a ejercer los siguientes derechos respecto de otros participantes del acuerdo global que no hubieran contratado directamente con él:



# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

1. La prevención del daño, de modo especial cuando se trate de situaciones jurídicas abusivas, prácticas abusivas o tutela de la seguridad;

2. Exigir el cumplimiento de una obligación que le era debida originariamente por su contratante, mediando mora del obligado, más allá de los casos especiales expresamente previstos;

3. Reclamar el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de tales obligaciones.

## Capítulo 8 - Servicios al consumidor

### Sección 1ª - Aspectos generales

**Art. 66. Servicios a consumidores.** Los servicios a consumidores de todo tipo obligan a quienes los presten a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos.

Si el proveedor confía en todo o en parte la ejecución de los servicios a terceros, será responsable por los vicios de calidad por inadecuación en la actividad de estos últimos.

**Art. 67. Rescisión del contrato de servicios.** Los servicios por plazo determinado podrán ser rescindidos por el consumidor sin derecho del proveedor a exigir preaviso o indemnización alguna.

En los casos de servicios de plazo indeterminado el consumidor podrá solicitar la baja del servicio en cualquier momento. En los casos de rescisión del mismo realizado por el consumidor, ya sea en forma personal, telefónica, electrónica o similar, queda prohibido el cobro de preaviso, mes adelantado y/o cualquier otro concepto, por parte de los prestadores de estos servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios.

### Sección 2ª - Servicios de reparación

**Art. 68. Servicios de reparación. Materiales a Utilizar en la Reparación.** En los contratos de servicios cuyo objeto sea la reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar, se entiende implícita la obligación a cargo del prestador del servicio de emplear materiales o productos nuevos originales y adecuados o que mantengan las especificaciones técnicas del fabricante, salvo que, respecto de es-

tos últimos, no hubiera autorización expresa por parte del consumidor.

Se entenderá por materiales adecuados aquellos nuevos adaptados a la cosa de que se trate. El pacto por el que se acepta de manera expresa que los materiales o productos a emplear, no son nuevos, deberá ser redactado en forma clara, destacada y notoria. Este pacto tiene sus límites en las normas de orden público que garantizan la seguridad de los consumidores.

**Art. 69. Presupuesto.** En los supuestos contemplados en el artículo anterior, el prestador del servicio debe extender un presupuesto que contenga como mínimo los siguientes datos:

1. Nombre, domicilio y otros datos de identificación del prestador del servicio;
2. La descripción del trabajo a realizar y de los materiales a emplear;
3. Los precios de éstos y la mano de obra;
4. El tiempo en que se realizará el trabajo;
5. El plazo para la aceptación del presupuesto;
6. Los números de inscripción en la Dirección General Impositiva y en el Sistema Provisional.

**Art. 70. Supuestos no Incluidos en el Presupuesto.** Todo servicio, tarea o empleo material o costo adicional, que se evidencie como necesario durante la prestación del servicio y que por su naturaleza o características no pudo ser incluido en el presupuesto original, deberá ser informado al consumidor antes de su realización o utilización.

Queda exceptuado de esta obligación el prestador del servicio que, por la naturaleza del mismo, no pueda interrumpirlo sin afectar su calidad o sin daño para las cosas del consumidor.

El consumidor podrá eximir al prestador del servicio de la obligación de comunicarle previamente la realización de tareas o utilización de materiales no incluidos en el presupuesto. En este caso, el consumidor manifestará su voluntad en forma expresa y, salvo imposibilidad, escribiendo de su puño y letra la cláusula respectiva.

## Capítulo 9 - Contratación a distancia

**Art. 71. Equiparación de derechos.** En el ámbito de la contratación electrónica se reconoce y

garantiza un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en otras modalidades de comercialización propuestas por un proveedor respecto de un consumidor.

**Art. 72. Información al consumidor.** En las diferentes etapas de la contratación electrónica se exige que el consumidor sea informado con el estándar más elevado que sea posible, a fin de lograr que resulte plenamente consciente de sus derechos y de sus obligaciones. A estos fines, se ponderará el grado de vulnerabilidad del consumidor.

**Art. 73. Portales de venta o subasta on line.** De conformidad con las reglas de conexidad, la exención de responsabilidad del operador electrónico sólo será posible cuando:

1. No ha desempeñado un rol activo en la operación jurídica-económica, limitándose a proporcionar únicamente un foro de transacciones, informando ello de forma clara, destacada y fácilmente comprensible;

2. No ha generado una particular confianza en el consumidor.

**Art. 74. Otros derechos del consumidor.** En la contratación a distancia, además de los derechos enunciados en esta ley y en las normas con las que se integra en miras de la más adecuada protección del consumidor, éstos cuentan con los derechos a:

1. Exigir la entrega de los bienes o prestación de los servicios en un plazo máximo de treinta (30) días, a partir de la celebración del contrato, salvo acuerdo de las partes;

2. Consentir sólo de modo expreso todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual. Si el proveedor no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor tendrá derecho al reembolso de dicho pago;

3. Revocar la aceptación en los términos del artículo 1110 y concordantes del Código Civil y Comercial;

4. Acceder a la jurisdicción correspondiente a su domicilio real o legal en caso de conflicto con el proveedor.

**Art. 75. Traslación del riesgo.** Cuando el proveedor envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro se transmitirá a éste a partir del momento en que él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, los haya recibido. No obstante, el riesgo se trasladará al consumidor con la entrega al transportista en caso de que haya sido el consumidor el que, en exclusiva, encomendara el traslado. Todo ello sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista.

**Art. 76. Rescisión por medio electrónico.** Cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación u otro disponible.

A partir de la solicitud de rescisión, el proveedor de servicios dentro de las 24 (veinticuatro) horas subsiguientes y por el mismo medio telefónico o electrónico, deberá informar al consumidor el número de código de identificación o registración de la baja solicitada. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario.

## Capítulo 10 - Crédito para el consumo y tutela frente al sobreendeudamiento. Obligaciones cambiarias conexas

**Art. 77. Operaciones de crédito para consumo.** Cualquiera sea la modalidad de la operatoria, el crédito para el consumo se entiende configurado cuando un proveedor, en ejercicio de su actividad, concede al consumidor un préstamo dinerario para la adquisición de bienes o la prestación de servicios como destinatario final.

Las disposiciones de este Capítulo se aplican asimismo, a los supuestos en los que el propio proveedor ofrece financiación del precio de los bienes o los servicios que comercializa.

El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, con lo indicado en la presente ley.

**Art. 78. Créditos para el consumo. Presunciones.** Se presume, salvo prueba en contrario, que son contratos de crédito para consumo aquellos que generen obligaciones de dar dinero a deudores que sean personas humanas, cualquiera sea

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

la modalidad con que se instrumente el otorgamiento del crédito dinerario:

1. Cuando el acreedor se dedique al comercio minorista de bienes y servicios como única actividad, registrada o no ante la AFIP, cualquiera sea el monto del crédito;

2. Cuando el acreedor se dedique, entre otras actividades, al comercio minorista de bienes y servicios, y el monto del crédito dinerario sea inferior al equivalente a 5 (cinco) veces el Salario Mínimo, Vital y Móvil, vigente al tiempo de la celebración del contrato;

3. Cuando el acreedor se dedique al otorgamiento de créditos dinerarios para el consumo como única actividad registrada ante la AFIP;

4. Cuando el acreedor se dedique, entre otras actividades, al otorgamiento de crédito de dinero para el consumo, y el monto del crédito dinerario sea inferior al equivalente a 5 (cinco) veces el Salario Mínimo, Vital y Móvil, vigente al tiempo del perfeccionamiento del contrato;

5. Cuando el acreedor, sin estar registrado, desarrolle como actividad habitual el otorgamiento de créditos dinerarios, y cuyo monto sea inferior al equivalente a 5 (cinco) veces el Salario Mínimo, Vital y Móvil, vigente al tiempo de la celebración del contrato. La habitualidad se presume si se acredita la existencia de, al menos, 20 (veinte) causas judiciales promovidas por el mismo acreedor en la Provincia en que se ha iniciado el proceso judicial en contra del deudor, o en la CABA. Esta circunstancia podrá ser verificada de oficio por el juez.

6. Respecto a las Asociaciones Mutuales, Cooperativas y personas jurídicas sin fines de lucro, cualquiera sea el monto del crédito, si en el contrato se han pactado intereses compensatorios o lucrativos.

Lo establecido en este artículo no obsta a que, si el deudor no se encuentra comprendido en las presunciones aquí consagradas, pueda acreditar la existencia de una relación de consumo.

**Art. 79. Principio de préstamo responsable.** Los proveedores de crédito, en cualquiera de las modalidades de otorgamiento, deberán ajustar su actividad al principio de préstamo responsable.

En cumplimiento del citado principio, deberán observar, entre otros, los siguientes deberes:

1. Indagar acerca de las necesidades concretas del consumidor y sobre su capacidad de reembolso;

2. Asesorar y aconsejar adecuadamente la toma del empréstito o la financiación, conforme las opciones disponibles;

3. Advertir sobre los alcances del compromiso patrimonial derivado de la operatoria, en consideración de los recursos existentes para afrontarlos;

4. Evaluar los antecedentes crediticios y la solvencia patrimonial del consumidor a partir de otras fuentes disponibles, evitando decisiones que resulten de aplicar métodos exclusivamente automatizados;

5. Informar el resultado de la evaluación al interesado, con indicación de la fuente consultada;

6. Decidir fundadamente el otorgamiento o la denegatoria del crédito y comunicarlo de modo fehaciente al consumidor;

7. Adoptar cualquier medida que contribuya a la prevención del sobreendeudamiento o, en su caso, abstenerse de desplegar cualquier práctica que estimule el endeudamiento excesivo del consumidor.

Los riesgos y costes derivados de una financiación o de préstamos acordados en infracción al principio mencionado en el presente artículo, serán soportados total o parcialmente por los proveedores o intermediarios de crédito.

**Art. 80. Políticas de protección del consumidor en el mercado de crédito. Programas especiales para colectivos hipervulnerables.** En el marco de las políticas de protección de los derechos del consumidor a las que se refiere el Título I, Capítulo 2, las autoridades implementarán medidas adecuadas para la efectiva protección de los usuarios de servicios financieros, mediante:

1. El desarrollo de campañas de información, difusión y promoción de los derechos del consumidor en la operatoria de crédito;

2. La regulación y el control de la actividad publicitaria del sector;

3. La regulación y el control del marketing crediticio y otras prácticas empresarias que puedan resultar abusivas, tanto en la colocación de crédito o financiación, como en la contratación y su ejecución y en las metodologías y procedimientos de cobranzas extrajudiciales y judiciales;

4. La promoción de actividades de difusión de la información crediticia disponible;

5. El control de cláusulas abusivas en la operatoria de crédito;

6. Cualquier otro mecanismo orientado a la prevención de riesgos para el consumidor, propios del mercado de crédito.

Deberán implementarse programas especiales destinados a la tutela de aquellos colectivos que, por las características particulares de la operatoria, se encuentran en situación de hipervulnerabilidad.

**Art. 81. Sobreendeudamiento del consumidor.** El sobreendeudamiento del consumidor es la situación caracterizada por la grave dificultad para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles o de pronta exigibilidad, que compromete el acceso y el goce de bienes esenciales.

El destinatario de la protección particular prevista en la presente ley es el consumidor persona humana.

**Art. 82. La prevención y el saneamiento del sobreendeudamiento como políticas centrales de protección del consumidor.** Las autoridades proveerán a la prevención y saneamiento del sobreendeudamiento de los consumidores con medidas de contenido sustancial y procedimental adecuadas, en sus respectivos ámbitos de actuación.

**Art. 83. Educación financiera.** En la formulación de planes generales de educación para el consumo, las autoridades deberán contemplar propuestas de educación financiera para los consumidores en todos los niveles, a fin de contribuir a una gestión razonable de una economía doméstica y prevenir el endeudamiento excesivo.

A tal efecto, deberán considerarse las características sociodemográficas y económicas, los valores culturales, los patrones de consumo y demás aspectos particulares del grupo social al que el plan educativo o los programas especiales están dirigidos.

**Art. 84. Medidas frente al sobreendeudamiento.** La implementación de medidas preventivas, sustanciales y procedimentales, es deber prioritario de las autoridades públicas, que deberán garantizar el ejercicio de los mecanismos preventivos previstos en la presente ley y en las que pudieran dictarse al efecto.

**Art. 85. Publicidad. Contenido mínimo. Transparencia.** Todo anuncio publicitario en el que se ofrezca un crédito para el consumo, deberá especificar, en forma clara y precisa, con un modelo representativo:

1. Que la operación corresponde a la cartera de consumo, en forma destacada;

2. El nombre o razón social y domicilio del proveedor de crédito y, su caso, del intermediario;

3. La descripción del bien o servicio objeto del contrato cuyo precio se financia, en su caso;

4. El monto total del crédito o del precio del bien o servicio a financiar;

5. El monto total adeudado o financiado, incluyendo el costo financiero total;

6. El monto a desembolsar inicialmente y el monto financiado;

7. La tasa de interés efectiva anual, y si es fija o variable;

8. El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses;

9. La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar;

10. Las comisiones, gastos y cualquier otro concepto que integre el total adeudado;

11. Los costes por servicios accesorios, como seguros, si los hubiere;

12. La duración del contrato de crédito;

13. El derecho de revocación o arrepentimiento y las condiciones de su ejercicio;

14. El derecho al pago anticipado del crédito o la financiación, total o parcial, y las condiciones de su ejercicio.

**Art. 86. Información precontractual.** Con carácter previo a la formalización de un contrato de crédito para el consumo, cualquiera sea la modalidad de la operatoria, el proveedor debe suministrar, la información mencionada en el artículo 85. Cualquier documentación que se exhiba o entregue al consumidor deberá ajustarse al contenido mínimo mencionado.

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**Art. 87. Asistencia y asesoramiento.** El proveedor debe brindar asistencia personalizada y suministrar explicaciones suficientes respecto de la información precontractual. Debe ofrecer un asesoramiento que le permita al consumidor evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades, a sus intereses y a su situación financiera.

**Art. 88. Advertencia. Carátula anexa al modelo representativo y al contrato.** El proveedor deberá anexar al documento que se ofrezca al consumidor como modelo representativo y al contrato que oportunamente se suscriba, una carátula en la que, a modo de advertencia, indique:

1. El precio total del bien y el precio total financiado, para el supuesto de financiación ofrecida por el propio proveedor de bienes o servicios;

2. El monto del crédito o la financiación acordados y el monto total a abonar, considerando el costo financiero total;

3. El valor de la cuota periódica;

4. La tasa de interés anual efectiva, y si es fija o variable;

5. El porcentual del salario o ingresos mensuales declarados por el solicitante, afectado al pago de la financiación o del crédito para el consumo;

6. El monto resultante de la tasación de los bienes ofrecidos en garantía, en caso de corresponder.

**Art. 89. Forma impuesta al contrato de crédito para el consumo. Contenido mínimo.** Los contratos de crédito para el consumo, en cualquiera de sus modalidades, deberán celebrarse por escrito o en cualquier otro soporte electrónico.

Sin perjuicio de otras estipulaciones adicionales, el contrato deberá replicar el contenido mínimo impuesto a la publicidad, al modelo representativo del contrato y a toda otra documentación precontractual, conforme lo dispuesto por los artículos 85 y 86.

Las cláusulas relativas a costos a cargo del consumidor que no están incluidas o que están incluidas incorrectamente en el costo financiero total publicitado o incorporado al documento contractual, se tienen por no escritas.

Salvo disposición legal expresa y específica, y en el marco del artículo 28 de esta ley, en ningún caso los intereses de cualquier naturaleza serán capita-

lizables. Esta prohibición rige aún en caso de ejecución del crédito por vía judicial.

**Art. 90. Modificación de cláusulas referidas a obligaciones a cargo del consumidor. Incorporación de cláusulas nuevas.** En caso de que el proveedor de crédito pretenda incorporar nuevos conceptos en calidad de comisiones y/o cargos que no hubiesen sido previstos en el contrato, deberá notificarlo al consumidor con sesenta (60) días de antelación a su entrada en vigencia y obtener su consentimiento expreso.

**Art. 91. Pagaré de consumo.** Si una obligación de dar dinero emergente de una relación de consumo se instrumenta en un documento pagaré, se regirá por lo establecido en esta ley y subsidiariamente por lo dispuesto en otras normas generales y especiales. En todos los casos se aplica el principio de interpretación más favorable al consumidor.

Además de los recaudos establecidos en la legislación especial, el documento deberá contener la totalidad de la información exigida en el artículo 85 de la presente ley. La inobservancia de los requisitos mencionados, torna inhábil al pagaré como título ejecutivo; defensa que alcanza a la situación jurídica abusiva. Sin perjuicio de ello, el proveedor podrá acompañar a su demanda ejecutiva, otros documentos suscriptos por el consumidor, de los que resulte el cumplimiento de la totalidad de las exigencias establecidas en este artículo. Vencida aquella oportunidad procesal, el ejecutante no podrá ejercer la facultad de integrar el título. Lo previsto en esta norma será aplicable al supuesto en que el pagaré de consumo haya sido transmitido a un tercero.

**Art. 92. Conexidad contractual en la operatoria de crédito para el consumo. Presunciones.** Se entiende que existe un contrato de crédito conexo al de consumo cuando en virtud del primero, el consumidor obtiene financiación para la adquisición de bienes o para la prestación de servicios como destinatario final, y ambos contratos tienen una finalidad económica común.

La conexidad contractual se presume:

1. Cuando se publiciten ambos contratos de manera conjunta, o en la publicidad de uno de ellos se haga referencia al otro;

2. Cuando existe una cooperación regular entre el proveedor de bienes y servicios y el de crédito,

sin que se exija un acuerdo formal previo ni que sea concertado en exclusividad;

3. Cuando el contrato de crédito se ofrece o se celebra en el ámbito donde se desarrolla la actividad del proveedor de bienes o servicios y a la inversa;

4. Cuando en cualquiera de los contratos exista una referencia a las obligaciones emergentes del otro;

5. Cuando el bien objeto del contrato de consumo sirva de garantía de cumplimiento del contrato de crédito.

**Art. 93. Conexidad contractual en la operatoria de crédito para el consumo. Efectos.** Sin perjuicio de lo dispuesto por otras normas generales y especiales, en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas al proveedor de bienes y servicios, el consumidor quedará habilitado a:

1. Suspender los pagos pendientes al proveedor del crédito;

2. Oponer el incumplimiento del proveedor de bienes y servicios, como defensa, en caso de ser demandado por el proveedor de crédito;

3. Peticionar una reducción proporcional del monto del crédito inicialmente otorgado, con la consiguiente disminución del importe de los plazos de amortización, en caso de cumplimiento defectuoso o parcial del proveedor de bienes y servicios;

4. Reclamar al proveedor del crédito el cumplimiento de la obligación impuesta al proveedor de bienes y servicios, previo requerimiento insatisfactorio contra este último;

5. Exigir al proveedor del crédito el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el proveedor de bienes y servicios;

La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a su efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituirse las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado.

Si el consumidor ha ejercido su derecho de revocación del contrato con el proveedor de bienes y

servicios que se ha financiado total o parcialmente mediante un contrato de crédito vinculado, dejará de estar obligado por este último, sin responsabilidad alguna.

**Art. 94. Desembolso inicial obligatorio.** De acuerdo a las circunstancias, constituirá una práctica abusiva, la no imposición al consumidor de un desembolso inicial obligatorio en la operatoria de crédito. En el marco de lo previsto en el artículo 80, inciso 3), las autoridades de aplicación respectivas deberán establecer políticas activas para neutralizar las prácticas empresarias que estimulen indebidamente el endeudamiento.

**Art. 95. Derecho al pago anticipado.** El consumidor puede ejercer, en cualquier tiempo, el derecho a la cancelación anticipada total o parcial del crédito o financiación acordados. En caso de cancelación anticipada total, no se admitirá el cobro de comisiones o compensaciones cuando al momento de efectuarla haya transcurrido, al menos, la cuarta parte del plazo original de la financiación o ciento ochenta (180) días corridos desde su otorgamiento, de ambos el mayor. La cancelación anticipada total realizada por el consumidor antes del cumplimiento del plazo citado y la cancelación anticipada parcial autorizarán al cobro de una comisión o compensación al proveedor, calculada sobre el capital reembolsado.

Ninguna compensación puede equiparar ni exceder el importe del interés que el consumidor habría pagado durante el período de tiempo comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha pactada de finalización del contrato de crédito.

**Art. 96. Derecho de arrepentimiento.** El consumidor tiene derecho a extinguir el contrato de crédito otorgado sin costo ni responsabilidad alguna, dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de su celebración del contrato, de la entrega del instrumento o de la disponibilidad efectiva del crédito, lo que suceda último, notificando al proveedor de manera fehaciente.

El consumidor deberá restituir al proveedor el capital y el interés devengado entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso, en un plazo máximo de treinta días contados desde el momento en que notificó su voluntad de extinción. Los intereses adeudados se calcularán sobre la base de la tasa pactada en el contrato. El proveedor no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra compensación.

## TÍTULO III USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

**Art. 97. Organismos de control.** Los organismos de control de los servicios públicos domiciliarios y las autoridades de aplicación de esta ley actuarán coordinadamente:

1. En su fiscalización y contralor;

2. En la atención de los reclamos de los usuarios. A tal efecto deberán instruir las actuaciones de oficio y atender los reclamos de los usuarios, tramitándolas en el ámbito de sus respectivas competencias, y con base en sus propias facultades y atribuciones. Ante el fracaso de la instancia de conciliación, las autoridades de aplicación de esta ley, podrán disponer la remisión de estas actuaciones al organismo específico de control del servicio público respectivo, si se trata del incumplimiento de aspectos técnicos, reglamentarios o de facturación del servicio. Por el contrario, las denuncias vinculadas al incumplimiento de las cuestiones comerciales o de privación de uso del servicio, deberán ser tramitadas y resueltas por las autoridades de aplicación de esta ley, deberán tramitar y resolverlas. Si correspondiere, los organismos de control y las autoridades de aplicación, podrán dictar las resoluciones reglamentarias en forma conjunta;

3. Celebrar los convenios de colaboración y asistencia técnica recíproca que resulten convenientes para tales fines.

**Art. 98. Constancia escrita. Información al usuario.** Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación y de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicio de ello, deben mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público en soporte papel e incluir el reglamento del servicio y la normativa reguladora en forma debidamente accesible en su sitio de Internet.

Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deberán colocar en toda facturación que se extienda al usuario y en las oficinas de atención al público carteles con la leyenda: "Usted tiene derecho a reclamar una indemnización si le facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas, Ley de Defensa del Consumidor".

Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor.

Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley en el marco de sus respectivas competencias.

**Art. 99. Reciprocidad en el Trato.** Las empresas indicadas en el artículo anterior deben otorgar a los usuarios reciprocidad de trato, aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora.

**Art. 100. Registro de reclamos. Atención personalizada y presencial.** Las empresas prestadoras deben habilitar un registro de reclamos donde quedarán asentadas las presentaciones de los usuarios. Los mismos podrán efectuarse por nota, teléfono, fax, correo o correo electrónico, o por otro medio disponible, debiendo extenderse constancia con la identificación del reclamo. Los mismos deben ser satisfechos en plazos perentorios, conforme las reglamentaciones correspondientes. Las empresas prestadoras de servicios públicos deberán garantizar la atención personalizada y presencial a los usuarios contando a tal efecto con oficinas de atención al público. Los domicilios de las oficinas de atención personalizada al público, como así también su horario de atención, deben estar especificados en la facturación del servicio, páginas web y/o por cualquier otro medio de información y/o comunicación y/o documentación que emita la empresa.

**Art. 101. Atención personalizada por vías no presenciales.** Para el supuesto de atención de reclamos por vía telefónica, electrónica o similar, la reglamentación establecerá:

1. Tiempos máximos para contacto directo con el operador;

2. La prohibición de condicionar la atención al suministro de datos;

3. La efectiva atención de los servicios telefónicos durante las 24 horas;

4. La accesibilidad del sistema de reclamos para personas con discapacidad;

5. La registraci3n clasificada, hist3rica, verificable y accesible de todos los requerimientos y reclamos del consumidor y su reenvi3o por escrito al reclamante;

6. La prohibici3n de la difusi3n de mensajes publicitarios u ofertas con car3cter previo a la atenci3n o espera de la misma;

7. La conservaci3n de las grabaciones de las llamadas por un tiempo prudencial y el acceso a su contenido por el consumidor en ese lapso.

**Art. 102. Seguridad de las instalaciones. Informaci3n.** Los usuarios de servicios p3blicos domiciliarios que requieren instalaciones espec3ficas, deben ser convenientemente informados sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los dispositivos empleados.

**Art. 103. Instrumentos y Unidades de Medici3n.** La autoridad competente queda facultada para intervenir en la verificaci3n del buen funcionamiento de los instrumentos de medici3n de energ3a, combustibles, comunicaciones, agua potable o cualquier otro similar, cuando existan dudas sobre las lecturas efectuadas por las empresas prestadoras de los respectivos servicios.

Tanto los instrumentos como las unidades de medici3n, deber3n ser los reconocidos y legalmente autorizados. Las empresas prestatorias garantizar3n a los usuarios el control individual de los consumos. Las facturas deber3n ser entregadas al usuario con no menos de diez (10) h3biles d3as de anticipaci3n a la fecha de su vencimiento. De no cumplirse con el plazo se3alado, deber3 emitirse una nueva factura a ser entregada en tiempo y forma, con nueva fecha de vencimiento, y sin recargos.

**Art. 104. Interrupci3n de la Prestaci3n del Servicio.** Cuando la prestaci3n del servicio p3blico domiciliario se interrumpe o sufra alteraciones, se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora. Efectuado el reclamo por el usuario, la empresa dispone de un plazo m3ximo de quince (15) d3as para demostrar que la interrupci3n o alteraci3n no le es imputable. En caso contrario, la empresa deber3 reintegrar el importe total del servicio no prestado dentro del plazo establecido precedentemente. Esta disposici3n no es aplicable cuando el valor del servicio no prestado sea deducido de la factura emitida hasta 2 (dos) periodos de facturaci3n subsiguientes. El usuario puede interponer el reclamo desde la interrupci3n o al-

teraci3n del servicio y hasta los quince (15) d3as posteriores al vencimiento de la factura.

**Art. 105. Constancias.** Las constancias que las empresas prestatorias de servicios p3blicos entreguen a sus usuarios para el cobro de los servicios prestados, deber3n expresar en forma clara y con caracteres destacados si existen per3odos u otras deudas pendientes, indicando fechas, concepto e intereses si correspondiera. En caso que no existan deudas se expresar3: "no existen deudas pendientes".

La falta de esta manifestaci3n hace presumir, sin admitirse prueba en contrario, que el usuario se encuentra al d3a con sus pagos y que no mantiene deudas con la prestataria.

En caso que existan deudas y a los efectos del pago, los conceptos reclamados deben facturarse por documento separado, con el detalle consignado en este art3culo.

**Art. 106. Facturaci3n.** Cuando una empresa de servicio p3blico domiciliario con variaciones regulares estacionales facture en un per3odo consumos que exceden en un setenta y cinco por ciento (75%) el promedio de los consumos correspondientes al mismo per3odo de los dos (2) a3os anteriores, se presume que existe error en la facturaci3n.

Para el caso de servicios de consumos no estacionales se tomar3 en cuenta el consumo promedio de los 3ltimos doce (12) meses anteriores a la facturaci3n. En ambos casos, el usuario abonar3 3nicamente el valor de dicho consumo promedio.

En los casos en que un prestador de servicios p3blicos facturase sumas o conceptos indebidos o reclamare el pago de facturas ya abonadas, el usuario podr3 presentar reclamo, abonando 3nicamente los conceptos no reclamados.

El prestador dispondr3 de un plazo de treinta (30) d3as a partir del reclamo del usuario para acreditar en forma fehaciente que el consumo facturado fue efectivamente realizado.

Si el usuario no considerara satisfecho su reclamo o el prestador no le contestara en los plazos indicados, podr3 requerir la intervenci3n del organismo de control correspondiente dentro de los treinta (30) d3as contados a partir de la respuesta del prestador o de la fecha de



# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

vencimiento del plazo para contestar, si éste no hubiera respondido.

En los casos en que el reclamo fuera resuelto a favor del usuario y si éste hubiera abonado un importe mayor al que finalmente se determine, el prestador deberá reintegrarle la diferencia correspondiente con más los mismos intereses que el prestador cobra por mora, calculados desde la fecha de pago hasta la efectiva devolución, e indemnizará al usuario con un crédito equivalente al veinticinco por ciento (25%) del importe cobrado o reclamado indebidamente. La devolución y/o indemnización se hará efectiva en la factura inmediata siguiente.

Si el reclamo fuera resuelto a favor del prestador éste tendrá derecho a reclamar el pago de la diferencia adeudada con más los intereses que cobra por mora, calculados desde la fecha de vencimiento de la factura reclamada hasta la fecha de efectivo pago.

La tasa de interés por mora en facturas de servicios públicos no podrá exceder la tasa pasiva para depósitos a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina, correspondiente al último día del mes anterior a la efectivización del pago.

La relación entre el prestador de servicios públicos y el usuario tendrá como base la integración normativa dispuesta por el diálogo de fuentes establecido en el artículo 28 de la presente ley.

## TÍTULO IV DAÑOS AL CONSUMIDOR. PREVENCIÓN DEL DAÑO, RESPONSABILIDAD Y SANCIÓN PUNITIVA

### Capítulo 1 - Prevención del daño

**Art. 107. Acción preventiva.** Los consumidores y quienes se encuentran legitimados para promover acciones colectivas pueden deducir acciones preventivas en los términos de los artículos 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial.

### Capítulo 2 - Daños causados por productos o servicios defectuosos

**Art. 108. Ámbito de aplicación.** Esta sección rige la responsabilidad por los daños causados por un producto o servicio defectuoso como consecuencia de la lesión de las personas, o de daños a bienes distintos del producto o servicio en sí mismo.

**Art. 109. Concepto de producto y servicio.** A los fines de la presente ley se considera producto toda cosa mueble, aunque se encuentre unida o incorporada a un bien inmueble. Quedan comprendidos el agua, el gas, la electricidad, y los bienes derivados del cuerpo humano.

Se considera servicio a cualquier actividad suministrada por un proveedor, cualquiera sea su objeto.

**Art. 110. Producto defectuoso.** Un producto puede presentar defectos de diseño, fabricación, información o conservación.

Un producto es defectuoso:

1. Si no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y especialmente su presentación, la información que se proporcionó a su respecto, su uso razonablemente previsible y el momento de su puesta en circulación;

2. Si no ofrece la seguridad que normalmente presentan los demás ejemplares de la misma serie. El producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente a su puesta en circulación haya sido colocado en el mercado otro de mejor calidad.

**Art. 111. Servicio defectuoso.** Un servicio es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y en especial, el modo de proveerlo, los riesgos previsible de su realización, el tiempo en que fue suministrado, y la información proporcionada acerca de sus características y los riesgos que representaba.

El servicio no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que posteriormente se hayan adoptado nuevas técnicas más inocuas para prestar esa clase de servicios.

**Art. 112. Legitimación activa.** Puede demandar la reparación del daño con arreglo a esta sección toda persona que haya resultado damnificada directa o indirectamente como consecuencia del defecto del producto o servicio, se trate o no de un consumidor.

**Art. 113. Prueba.** Sin perjuicio del deber procesal de colaboración que pesa sobre el proveedor, y de las presunciones legales o judiciales que puedan resultar aplicables, quien pretende la reparación del daño causado por un producto o servicio

debe probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos. Pesa sobre el proveedor la carga de acreditar las eximentes que invoque.

**Art. 114. Legitimación pasiva. Responsabilidad colectiva.** Son responsables concurrentes por el daño sufrido por la víctima todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización del producto o servicio. Quedan incluidos, entre otros, el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor, el prestador, y quien puso su marca en el producto o servicio.

Si se prueba que el daño proviene del defecto de un determinado tipo de producto, pero resulta imposible identificar al proveedor que efectivamente lo fabricó o comercializó en el caso concreto, responden concurrentemente todos los proveedores que comercializan o fabrican el producto en cuestión, en proporción a la participación que cada uno de ellos tiene en el mercado.

Quien pagó la indemnización puede ejercer una acción de repetición contra quien ha dado origen al vicio.

**Art. 115. Naturaleza de la responsabilidad y eximentes.** La responsabilidad es objetiva en los términos del artículo 1722 del Código Civil y Comercial. Los demandados no pueden oponer, como causa ajena, al hecho de cualquiera de los otros integrantes de la cadena de producción o comercialización del producto o servicio.

No configura una eximente el cumplimiento de las reglas del arte, o de la normativa vigente, o el hecho de contar con la autorización administrativa para la fabricación o realización del producto o servicio; salvo en el caso de que la ley o la autoridad administrativa impongan de manera imperativa modalidades para la fabricación, diseño, información o conservación del bien.

La eximente del hecho de la víctima es de interpretación restrictiva y sólo procede ante la prueba de una culpa grave o dolo del damnificado.

Tampoco exime de responsabilidad la circunstancia de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto o servicio no hubiese permitido apreciar la existencia del vicio.

**Art. 116. Plazo de caducidad.** Los derechos reconocidos al damnificado en esta sección se extinguen transcurridos 10 años a contar desde la

fecha en que se hubiese puesto en circulación el producto, o prestado el servicio que causó el daño, a menos que durante ese período se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial.

### Capítulo 3 - Daños causados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor

**Art. 117. Obligación de seguridad.** El proveedor es responsable por los perjuicios derivados de la lesión de personas o los daños a bienes en el interior del establecimiento del proveedor o en el ámbito físico de su incumbencia.

Comprende las inmediaciones del establecimiento, en la medida en que en ellas existan peligros derivados de la relación de consumo; así como los corredores viales concesionados, los estadios, los lugares donde el proveedor organiza eventos de cualquier tipo, los andenes, escaleras de acceso, salas de espera y demás instalaciones relacionadas con los medios de transporte, y cualesquiera otros que formen parte del ámbito de competencia del proveedor o en los que este tenga o deba tener un poder de vigilancia o control efectivo.

También se aplica a las situaciones postcontractuales, en la medida que el hecho resulte razonablemente previsible para el proveedor.

La responsabilidad es objetiva en los términos del art. 1723 del Código Civil y Comercial. La eximente del hecho de la víctima es de interpretación restrictiva y sólo procede ante la prueba de una culpa grave o dolo del damnificado.

Quedan excluidos de esta disposición los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones principales comprometidas por el proveedor en el marco del contrato de consumo.

### Capítulo 4 - Sanción punitiva

**Art. 118. Sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor.** El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Se aplican las siguientes reglas:

1. Pueden pedirla el consumidor y el Ministerio Público Fiscal. En las acciones colectivas, puede solicitar la sanción punitiva cualquiera de los legitimados activos para promoverlas. Sin perjuicio de ello, el juez puede también imponer la sanción de

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

oficio. A tal efecto, la resolución que dispone correr traslado de la demanda debe advertir al demandado acerca del posible ejercicio de esta facultad;

2. El monto de la sanción se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. El importe de la multa no puede ser superior al doble del máximo previsto para la sanción de multa por el art. 157 inc. 2, o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, si este último resultare mayor;

3. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada;

4. Si dos o más proveedores son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción punitiva, su responsabilidad es solidaria;

5. La obligación de pagar la sanción punitiva no es asegurable.

## TÍTULO V DISEÑO INSTITUCIONAL

### Capítulo 1 - Asociaciones de defensa del consumidor

**Art. 119. Legitimación.** Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados derechos de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el artículo 120, inciso 4. La legitimación de las asociaciones de consumidores alcanza a las instancias de mediación y conciliación que establezcan las normas respectivas.

**Art. 120. Autorización para Funcionar. Fines.** Las organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor, deberán requerir autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales. Se entenderá que cumplen con dicho objetivo, cuando sus fines sean los siguientes:

1. Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor;

2. Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o a educar a los consumidores;

3. Colaborar con los organismos oficiales o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos;

4. Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo;

5. Defender y representar los intereses o derechos individuales y colectivos de los consumidores ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados;

6. Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés;

7. Organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda otra información de interés para los consumidores;

8. Promover la elaboración de programas de información, capacitación y orientación a los consumidores;

9. Brindar a los consumidores servicios de asesoramiento sobre consultas y denuncias, así como asistencia técnica y jurídica de carácter general sobre la materia de protección al consumidor;

10. Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor.

**Art. 121. Requisitos para obtener el reconocimiento.** La autoridad de aplicación podrá determinar reglamentariamente requisitos razonables de representatividad, autofinanciamiento u otras variables a ser tenidas en consideración para el otorgamiento de la autorización para funcionar y para la asignación de contribuciones financieras, amén de lo dispuesto en el siguiente artículo, siempre que los mismos guarden relación con los fines previstos por la presente ley para las asociaciones de consumidores.

A efectos de conservar la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores, las organizaciones deberán acreditar regularmente, conforme reglamento la autoridad de

aplicación, las acciones, labores y actividades desarrolladas para el cumplimiento efectivo de las pautas establecidas en su objeto social y en la presente ley.

También deberán acreditar participación en las políticas públicas que, para el cumplimiento de los fines de la presente ley, arbitre la autoridad de aplicación.

**Art. 122. Limitaciones y prohibiciones.** Para ser reconocidas como organizaciones de consumidores, las asociaciones civiles peticionantes, además de observar los requisitos generales:

1. No podrán participar en actividades políticas partidarias;
2. Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva;
3. No podrán recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras;
4. Sus publicaciones no podrán contener avisos publicitarios.

**Art. 123. Contribuciones Estatales.** El Estado Nacional podrá disponer el otorgamiento de contribuciones financieras, con cargo al presupuesto nacional, a las asociaciones de consumidores en concepto de apoyo institucional, con la finalidad de fortalecer el rol que cumplen y/o para financiar proyectos que tengan por finalidad la difusión de los derechos del consumidor.

En todos los casos, estas asociaciones deberán acreditar el reconocimiento conforme al artículo 120.

Asimismo, la autoridad de aplicación podrá seleccionar a las asociaciones en función de criterios de representatividad, autofinanciamiento, actividad y planes futuros de acción a cumplimentar por éstas.

## Capítulo 2 - Autoridad de aplicación

**Art. 124. Autoridad Nacional de aplicación.** Créase la Autoridad Nacional del Consumidor (ANCON) como organismo autárquico y descentralizado. Su relación con el Poder Ejecutivo Nacional se mantendrá a través de la Secretaría de Comercio del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y

TRABAJO o la que en el futuro lo suceda. La ANCON será la autoridad de aplicación exclusiva y excluyente de la presente ley, sus reglamentaciones y normas complementarias. En tal carácter adoptará todas las medidas, acciones y demás diligencias necesarias para cumplir con las misiones, funciones y objetivos enunciados en las normas referenciadas.

**Art. 125. Naturaleza, estructura y patrimonio.** La ANCON gozará de autarquía funcional, financiera y de plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del Derecho Público y Privado. Su patrimonio estará constituido por los bienes que se le transfieran, por los que adquiera en el futuro por cualquier título y por el presupuesto que se le asigne y los que esta ley determine. Asimismo contará con la dotación de personal que se le atribuya o transfiera.

La ANCON fijará su propia estructura orgánica y reglamentación interna de funcionamiento, teniendo en consideración las misiones y funciones asignadas, relacionadas con la conciliación y arbitraje de consumo, la instrucción de sumarios y el control de cláusulas abusivas; las relaciones institucionales e internacionales del organismo, la asesoría legal general de la dependencia y con la educación, estadística y estudios de consumo, y ejercerá las demás atribuciones que le confiera ésta u otras leyes.

**Art. 126. Domicilio.** Sin perjuicio de las facultades concurrentes de la autoridad nacional previstas en el artículo 135, deberá establecer su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Art. 127. Autoridades.** La ANCON será dirigida y administrada por un Directorio integrado por un Presidente, un Director Ejecutivo y un Secretario General de Administración y Finanzas, cuyos mandatos durarán 5 (cinco) años, y podrán ser reelegidos por única vez. El Presidente ejercerá la representación legal y la función administrativa de la ANCON. Podrá también efectuar contrataciones de personal para la realización de trabajos específicos o extraordinarios que no puedan ser realizados por su planta permanente, fijando las condiciones del trabajo y su retribución. En caso de impedimento o ausencia transitoria, será reemplazado por el Director Ejecutivo. El Presidente percibirá por sus funciones, una remuneración mensual equivalente a la de un Secretario de Estado del Poder Ejecutivo Nacional.

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

**Art. 128. Designación.** Las autoridades de la ANCON deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Para el Presidente y el Director Ejecutivo, será necesario contar con más de ocho (8) años de antigüedad en el título de abogado, además de reunir suficientes antecedentes e idoneidad en la materia de protección al consumidor. Para el Secretario General de Administración y Finanzas se exigirá la misma antigüedad como graduado de ciencias económicas;

2. Tener dedicación exclusiva durante su mandato, con excepción de la actividad docente con dedicación simple, y serán alcanzados por las incompatibilidades y obligaciones fijadas por la ley 25.188 de Ética Pública.

**Art. 129. Excusación.** Las autoridades de la ANCON deberán excusarse por las causas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y en los casos en los que tengan o hayan tenido en los últimos tres (3) años una participación económica o relación de dependencia laboral con alguno de los proveedores sobre las que deba resolver.

**Art. 130. Proceso de selección.** Previo concurso público de antecedentes y oposición, el Poder Ejecutivo Nacional, a través de la Jefatura de Gabinete de Ministros designará a las autoridades de la ANCON.

La Secretaría de Comercio del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO podrá realizar designaciones en comisión durante el tiempo que insuma el proceso de selección de los candidatos y la sustanciación y resolución de las eventuales oposiciones, que pudieren recibir los que hubieren participado del concurso público.

El Poder Ejecutivo Nacional, en el plazo de noventa días a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, dictará las normas pertinentes para la implementación del concurso público para el proceso de selección de las autoridades de la ANCON, previendo que profesionales de reconocido prestigio en la materia integren el jurado de selección de candidatos.

Una vez conformadas las ternas de cada uno de los candidatos seleccionados mediante concurso, la Jefatura de Gabinete de Ministros seleccionará a los funcionarios que resultarán autoridades de la ANCON para cada uno de los cargos concursados.

**Art. 131. Cesación en el cargo.** Cualquiera de los miembros de la ANCON cesará de pleno derecho en sus funciones, de mediar alguna de las siguientes circunstancias:

1. Renuncia;
2. Vencimiento del mandato;
3. Ser removidos en los términos del artículo siguiente.

**Art. 132. Remoción.** Son causales de remoción de cualquiera de los miembros de la ANCON:

1. Mal desempeño en sus funciones;
2. Negligencia reiterada que dilate la sustanciación de los procesos;
3. Incapacidad sobreviniente;
4. Condena por delito doloso;
5. Violación a las normas sobre incompatibilidad;
6. No excusarse en los supuestos previstos en el artículo 129 de la presente ley.

**Art. 133. Suspensión.** Será suspendido preventivamente y en forma inmediata en el ejercicio de sus funciones aquel miembro de la ANCON sobre el que recaiga auto de procesamiento firme por delito doloso. Dicha suspensión se mantendrá hasta tanto se resuelva su situación procesal, en tanto no haya vencido su mandato.

**Art. 134. Registros.** La ANCON administrará en forma permanente los registros de:

1. Asociaciones de consumidores;
2. Infractores, estableciéndose un apartado para prestadores de servicios y proveedores del Estado, cuya inclusión y en caso de reincidencia reiterada, les inhibirá de ser contratados por la Administración Pública Nacional, Poder Ejecutivo Nacional, Poder Legislativo y Poder Judicial, en complementariedad con la normativa existente;

La ANCON dictará la reglamentación pertinente para su correcto funcionamiento bajo el principio de carácter público, disponiendo lo necesario para el acceso irrestricto a la información contenida en los mismos y su acceso por internet.

**Art. 135. Facultades concurrentes.** La autoridad Nacional de aplicación, sin perjuicio de las facultades que son competencia de las autoridades locales de aplicación, podrá actuar concurrentemente en el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de la presente ley.

**Art. 136. Facultades y Atribuciones.** La ANCON, en su carácter de autoridad de aplicación de la presente ley, y normas complementarias, tendrá entre otras, las siguientes facultades y atribuciones:

1. Proponer el dictado de la reglamentación de esta ley;
2. Recibir y dar curso a las inquietudes y denuncias de los consumidores y de los demás legitimados previstos en la presente ley;
3. Disponer la realización de inspecciones y pericias vinculadas con la normativa alcanzada por esta ley;
4. Solicitar informes y opiniones a entidades públicas y privadas con relación a la materia de las leyes citadas;
5. Disponer de oficio o a requerimiento de parte la celebración de audiencias con la participación de denunciados damnificados, presuntos infractores, testigos, consultores y peritos;
6. Promover e instar acciones ante la Justicia, para lo cual designará representante legal a tal efecto;
7. Coordinar el Consejo Consultivo de los Consumidores, integrado por las asociaciones regularmente constituidas, como también, el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, en ambos casos, de acuerdo a lo establecido en la reglamentación vigente.

**Art. 137. Servicios técnicos.** La ANCON podrá contratar servicios de consultoría a organismos públicos o privados expertos, en especial a las Universidades.

**Art. 138. Auxilio de la Fuerza Pública.** Para el ejercicio de las facultades y atribuciones conferidas en la presente ley, a excepción de las relacionadas con las instancias de conciliación entre proveedores y consumidores, la autoridad de aplicación podrá solicitar judicialmente el auxilio de la fuerza pública.

**Art. 139. Autoridades locales de aplicación.** La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las Provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en relación con el cumplimiento de esta ley y su reglamentación, respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones. Las Provincias, en ejercicio de sus atribuciones, podrán delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los gobiernos municipales.

### Capítulo 3 - Del Consejo Federal del Consumo

**Art. 140 Finalidad.** El Consejo Federal del Consumo (CO.FE.DEC.) tiene como finalidad el análisis e intercambio de información entre sus miembros, relacionada con la protección del consumidor, así como la promoción y cooperación para el desarrollo de políticas públicas relacionadas con la materia, la educación y difusión de sus derechos y la defensa de sus intereses individuales y colectivos.

**Art. 141. Integración.** Integran el CO.FE.DEC, la autoridad nacional de aplicación de la presente ley y sus normas reglamentarias, así como las autoridades de aplicación provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Art. 142. Misiones y Funciones.** Son misiones y funciones del CO.FE.DEC:

1. Promover la educación e información del consumidor o usuario, con especial énfasis y atención en aquellos que, por sus condiciones sociales, económicas y/o culturales, resulten especialmente vulnerables;
2. Fortalecer la libertad de elección del consumidor y la optimización de los recursos relacionados con la adquisición de bienes y servicios;
3. Facilitar la comprensión y utilización de la información que se brinda a los consumidores por parte de los proveedores;
4. Difundir el conocimiento de los deberes y derechos de los consumidores y la forma más adecuada para ejercerlos;
5. Fomentar la prevención de riesgos que puedan derivarse del consumo de bienes o de la utilización de servicios;

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

6. Propender a la homogeneización de criterios en cuanto a la aplicación de políticas públicas relacionadas con la protección de los consumidores, incluyendo propuestas de modificación y/o armonización de la normativa vigente en materia de protección al consumidor;

7. Estimular la creación de asociaciones de consumidores, manteniendo con ellas un intercambio y colaboración permanentes y llevar registros nacionales y provinciales actualizados de las existentes;

8. Recabar información de entidades públicas y privadas relacionadas con la protección del consumidor;

9. Solicitar la colaboración de los entes y organismos de control con competencia en la materia para una mejor atención de los problemas de los consumidores;

10. Solicitar la colaboración de instituciones públicas y privadas, departamentos especializados de las universidades y cualquier otro organismo técnico para la realización de estudios, análisis comparativos, ensayos y controles de calidad sobre productos o servicios y difundir sus resultados;

11. Brindar asesoramiento al Congreso de la Nación y a las Legislaturas Provinciales en lo referente a la legislación de consumo;

12. Fortalecer las relaciones institucionales con otros organismos oficiales con competencia en consumo o entes reguladores de servicios públicos;

13. Intercambiar información con los sectores productivos a fin de favorecer la mayor eficiencia en la producción y comercialización de los bienes destinados al consumo;

14. Promover la instalación de oficinas públicas de información al consumidor o usuario que cumplan como mínimo las siguientes funciones: a) difundir los resultados de estudios, análisis comparativos, ensayos y controles de calidad sobre bienes y servicios; b) gestionar la recepción, registro y acuse de recibo de quejas y reclamos de los consumidores y su remisión a las entidades u organismos que corresponden;

15. Proponer a las autoridades competentes el otorgamiento de becas para el personal afectado a las reparticiones, a efectos de su capacitación permanente en la materia de protección al consumidor;

16. Promover el intercambio de información y la colaboración para la realización de acciones destinadas a la protección de los consumidores con organismos internacionales públicos y privados de defensa del consumidor;

17. Dictar su propio reglamento de funcionamiento.

Art. 143. Sostenimiento. La autoridad nacional y las distintas jurisdicciones deberán prever las partidas presupuestarias suficientes para financiar el adecuado funcionamiento del CO.FE.DEC, teniendo en consideración las misiones y funciones que se le asignan en la presente ley.

## Capítulo 4 - Defensa administrativa del consumidor

**Art. 144. Actuaciones administrativas.** La ANCON iniciará actuaciones administrativas de oficio, por acta de inspección, por denuncia de quien invocare un derecho individual, en resguardo de derechos de incidencia colectiva de los consumidores, o por comunicación de autoridad administrativa o judicial, en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la presente ley, sus reglamentaciones y normas complementarias.

Sin perjuicio de la instancia conciliatoria previa que bajo las modalidades que prevea la ANCON y que corresponda arbitrar entre proveedores y consumidores conforme el tenor y naturaleza del reclamo presentado, se procederá a labrar actuaciones formulando la imputación correspondiente al proveedor o proveedores involucrados, dejando constancia del hecho denunciado o verificado y de las disposiciones presuntamente infringidas, salvo que las circunstancias del caso no ameriten razonablemente la instrucción de sumario o se juzgue pertinente su derivación, en los términos del artículo 139.

La reglamentación determinará el contenido del acta de infracción y la obligación de entregar una copia al inspeccionado.

En el expediente se agregará la documentación acompañada y se emplazará al presunto infractor para que dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, presente por escrito su descargo y ofrezca las pruebas que hacen a su derecho.

En caso de actuaciones por denuncia, su contenido se rige por el principio de informalidad. La autoridad de aplicación deberá asesorar al con-

sumidor respecto a la forma de su presentación, constitución de domicilio físico y electrónico, documentación a acompañar, copias, individualización de los denunciados y demás aspectos que hagan a su contenido. A su vez, deberá informar al denunciante respecto de la posibilidad de petitionar daño directo en términos del artículo 150 y siguientes.

**Art. 145. Personería. Domicilio.** En su primera presentación, el presunto infractor deberá acreditar personería y constituir domicilio físico y electrónico, a efectos de cursar de manera indistinta las sucesivas notificaciones que requieran la sustanciación de las actuaciones que se instruyan. Cuando no se acredite personería se intimará para que en el término de cinco (5) días hábiles subsane la omisión bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado. Cuando el sumariado no constituya los domicilios referenciados, lo resuelto en las actuaciones se tendrá por notificado en los estrados de la autoridad nacional de aplicación, los días martes y viernes subsiguientes al dictado de la respectiva providencia o resolución.

**Art. 146. Diligencias probatorias, medidas preventivas y precautorias.** En cualquier momento durante la tramitación de las actuaciones, la autoridad de aplicación podrá ordenar como medida preventiva o precautoria el cese de la conducta que se reputa en violación de esta ley y sus reglamentaciones y normas complementarias, en especial en casos de afectación de derechos de incidencia colectiva..

Las constancias obrantes en el expediente labrado conforme a lo previsto en este artículo, así como las actas o partes de inspección o constatación efectuadas en dicho marco, las comprobaciones técnicas que se dispusiesen y/o la prueba documental indubitada existente en las actuaciones constituirán prueba suficiente de los hechos así comprobados, salvo en los casos en que resulten desvirtuados por otros medios probatorios.

Las pruebas se admitirán solamente en caso de existir hechos controvertidos, siempre que no resulten manifiestamente inconducentes o meramente dilatorias. La falta de presentación de descargo por parte del sumariado importará la inexistencia de hechos controvertidos, a los fines del dictado del acto administrativo definitivo. Contra la resolución que deniegue medidas de prueba sólo se podrá interponer el recurso de reconsideración dentro del plazo de cinco (5) días hábiles.

La prueba deberá producirse en el término de diez (10) días hábiles, prorrogables cuando haya causas justificadas, teniéndose por desistida aquella no producida dentro de dicho plazo por causa imputable al infractor.

**Art. 147. Rol del consumidor denunciante.** En caso de actuaciones generadas por denuncia del consumidor, éste tendrá derecho a:

1. Ser informado de las resoluciones vinculadas a la producción de la prueba por el ofrecida;
2. Tomar vista de las actuaciones;
3. Ser notificado del acto administrativo definitivo.

**Art. 148. Resolución definitiva.** Concluidas las diligencias sumariales relacionadas con el trámite de instrucción de las actuaciones, se procederá a dictar el acto administrativo definitivo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, la ANCON contará con las más amplias facultades para disponer medidas técnicas, admitir pruebas, disponer medidas probatorias de oficio o dictar medidas de no innovar. En su caso, el recurso de apelación del sumariado respecto de estas últimas será concedido con efecto devolutivo.

**Art. 149. Apelación.** Los actos administrativos que dispongan sanciones serán impugnables mediante recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las Cámaras de Apelaciones Federales con asiento en las Provincias, según corresponda al lugar de comisión de los hechos, que será concedido en relación, salvo que hubiese mediado en el trámite de las actuaciones rechazo de prueba ofrecida por el proveedor, en cuyo caso será concedido libremente a ese respecto.

El recurso deberá interponerse y fundarse ante la misma autoridad que impuso la sanción, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución. La autoridad de aplicación deberá elevar el recurso con su contestación a la Cámara en un plazo de diez (10) días, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido. En todos los casos, el recurso será concedido con efecto suspensivo.

En los casos de imposición de multa, los infractores podrán cumplir con la sanción impuesta mediante el pago del cincuenta por ciento (50%) de la suma fijada dentro de los diez (10) días há-



# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

biles de notificada la resolución, salvo que figuren como reincidentes en el Registro Público de Infractores de la autoridad de aplicación con más de un antecedente, o que interpongan el recurso directo contra la resolución dictada previsto en el presente artículo.

Acreditado el pago y la publicación establecida por el artículo 157 de la presente ley, se procederá al archivo de las actuaciones.

Resultando la presente ley especial, para resolver cuestiones no previstas expresamente en el procedimiento y sus reglamentaciones, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y específicamente las previsiones del procedimiento sumarísimo, en lo que resultase pertinente.

**Art. 150. Daño directo en sede administrativa. Indemnización del daño emergente, pago del valor dinerario de la prestación y restitución de sumas de dinero indebidamente percibidas.** Establecida la existencia de una infracción, y sólo a solicitud del consumidor denunciante, la ANCON queda facultada a ordenar:

1. El pago, en sede administrativa, únicamente de la indemnización del daño emergente que sea consecuencia inmediata o mediata de la lesión a bienes o intereses objeto de la relación de consumo de naturaleza patrimonial de titularidad del consumidor o usuario;

2. La entrega por el proveedor de un bien equivalente y de las mismas características que el producto defectuoso o vicioso o, a opción del consumidor, su valor dinerario;

3. La restitución de sumas de dinero indebidamente percibidas por el proveedor de bienes y servicios, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 1796 a 1799 del Código Civil y Comercial. En caso de ser solicitado, la condena a restituir deberá también comprender los intereses moratorios que correspondan.

Queda excluida la posibilidad de peticionar en esta sede la indemnización de daño moral, lucro cesante y pérdida de chances, cualquiera sea la naturaleza del bien o interés jurídico lesionado, y el daño emergente consecuencia de la lesión a la integridad psicofísica del consumidor o usuario.

**Art. 151. Recursos por daño directo.** El acto administrativo de la ANCON que resuelva estas

solicitudes será recurrible en sede judicial, en las mismas condiciones que las establecidas en el artículo 149, por el consumidor o usuario y el proveedor, con efecto suspensivo.

**Art. 152. Efectos.** En caso de incumplimiento de la obligación de restituir el producto, la resolución firme que así lo ordene podrá ser ejecutada en sede judicial.

La resolución firme que ordene el pago de sumas de dinero constituirá título ejecutivo a favor del consumidor.

Lo que el proveedor pague al consumidor deberá ser deducido de las indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones incoadas en sede judicial.

El rechazo de esta petición en sede administrativa o judicial no causará cosa juzgada ni impedirá al consumidor reeditar el mismo reclamo en sede judicial, ofreciendo todas las pruebas que hagan a su derecho. Las actuaciones labradas y lo decidido constituirán un indicio que, si es incorporado al proceso judicial, deberá ser valorado por el juez al dictar sentencia.

**Art. 153. Información al consumidor de los derechos emergentes del daño directo.** Las normas precedentes deberán ser informadas al consumidor cuando formule una denuncia en sede administrativa.

**Art. 154. Daño directo y autoridades locales de aplicación.** Para el ejercicio de la función prevista en los artículos anteriores, las autoridades locales de aplicación deberán reunir los mismos requisitos establecidos en esta ley para la ANCON.

**Art. 155. Procedimiento para las autoridades locales de aplicación.** La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las Provincias dictarán las normas referidas a su actuación como autoridades locales de aplicación.

**Art. 156. Incumplimiento de Acuerdos Conciliatorios Homologados.** El incumplimiento de los acuerdos conciliatorios homologados por la ANCON se considerará infracción a esta ley. En tal caso, el infractor será pasible de las sanciones establecidas en la presente, sin perjuicio del cumplimiento imperativo de las obligaciones que las partes hubieran acordado.

En tal caso, la Autoridad de Aplicación podrá disponer que un porcentaje de dicha multa sea destinado al consumidor, guardando proporción con el objeto y/o monto del acuerdo incumplido. En ningún caso el porcentaje destinado al consumidor podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de un (1) Salario Mínimo, Vital y Móvil ni superior al cincuenta por ciento (50%) de la multa aplicada al infractor.

**Art. 157. Régimen sancionatorio.** Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso:

1. Apercibimiento;
2. Multa equivalente a los montos entre uno (1) y cinco mil (5.000) Salarios Mínimos Vitales y Móviles;
3. Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción;
4. Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta (30) días;
5. Suspensión de hasta cinco (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado;
6. La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

En todos los casos, el infractor deberá publicar la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, consignando la infracción cometida y la sanción aplicada en un diario de gran circulación en el lugar donde aquélla se cometió y que la autoridad de aplicación indique, que deberá ser elegido de modo rotativo. En caso que el infractor desarrolle la actividad por la que fue sancionado en más de una jurisdicción, la autoridad de aplicación podrá ordenar que la publicación se realice en un diario de gran circulación en el país y en uno de cada jurisdicción donde aquél actuare, con los criterios de selección antes consignados. Cuando la pena aplicada fuere de apercibimiento, la autoridad de aplicación podrá dispensar su publicación, aunque disponiendo su anotación en el Registro de Infractores.

Sin perjuicio de la facultad de la autoridad de aplicación de publicar la sanción a costa del infractor ante su incumplimiento, la falta de la publicación dispuesta por parte del infractor, previa intimación de la autoridad de aplicación, será pasible de una sanción de multa adicional, cuyo monto no podrá exceder a las dos terceras partes de la multa originalmente aplicada, ni ser inferior a la tercera parte de la misma.

El cincuenta por ciento (50%) del monto percibido en concepto de multas y otras penalidades impuestas por la autoridad de aplicación conforme el presente artículo será asignado a un fondo especial para el desarrollo de políticas públicas de protección del consumidor. El fondo será administrado por la autoridad nacional de aplicación.

**Art. 158 Contrapublicidad.** Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior y de la orden de cesación de los anuncios o mensajes, se podrá imponer la sanción administrativa de contrapublicidad, al infractor que, a través de la información o publicidad, hubiera incurrido en prácticas engañosas o abusivas.

Asimismo la Autoridad de Aplicación podrá publicar a costa del infractor, conforme el criterio por ésta indicado, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada, en un diario de gran circulación, que deberá ser elegido de modo rotativo.

La reglamentación establecerá las pautas de la rectificación publicitaria de forma capaz de eliminar los efectos de la infracción, y que será divulgada por la Autoridad de Aplicación o el responsable, a costa de este último, en la misma forma, frecuencia y dimensión, y preferentemente por el mismo medio, lugar, espacio y horario.

**Art. 159. Denuncias Maliciosas.** Quienes presentaren denuncias maliciosas o sin justa causa ante la autoridad de aplicación, serán sancionados con multa, cuyo monto no podrá superar el equivalente a cinco (5) Salarios Mínimos Vitales y Móviles, sin perjuicio de las que pudieren corresponder por aplicación de las normas civiles y penales.

**Art. 160. Aplicación y Graduación de las Sanciones.** En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 157 se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obte-

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

nido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos, o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho. Si el proveedor revistiese la calidad de pequeña o mediana empresa, en los términos de la Ley N° 25.300 y su reglamentación, dicha circunstancia será ponderada a los efectos de la graduación de las sanciones.

Se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley incurra en otra dentro del término de cinco (5) años desde que haya quedado firme o consentida la sanción.

**Art. 161. Certificado de deuda. Ejecución.** Vencido el plazo sin que el infractor haya abonado la multa impuesta, la Autoridad de Aplicación emitirá el correspondiente certificado de deuda a efectos de su cobro por vía judicial. La multa impuesta se ejecutará ante Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las Cámaras de Apelaciones Federales con asiento en las Provincias, por el procedimiento de ejecución fiscal.

El certificado de deuda debe contener el nombre o razón social y el domicilio del infractor; el importe de la multa aplicada; el concepto por el cual fue impuesta; el número de la actuación administrativa, la fecha y número de la disposición respectiva y la fecha en que fue notificada, como también la fecha de emisión y firma del funcionario interviniente.

## Capítulo 5 - Protección Judicial del Consumidor

### Sección 1ª - Acciones individuales

**Art. 162. Normas del proceso.** En las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal competente. Si el consumidor promueve demanda solicitando se aplique el procedimiento más amplio el juez deberá dar dicho trámite al proceso.

El demandado, mediante reposición contra el decreto que admita la demanda, podrá invocar la complejidad de la pretensión y solicitar un proceso de conocimiento más amplio. El juez resolverá de manera fundada, previo traslado al consumidor.

**Art. 163. Representación.** Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar representación mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.

**Art. 164. Competencia.** En las acciones judiciales de consumo, promovidas por el consumidor o por el proveedor, será juez competente el del domicilio real del consumidor. Es nulo cualquier pacto en contrario.

Sin embargo, cuando la acción sea promovida por el consumidor, éste podrá optar por hacerlo ante el juez del lugar de su domicilio real, el del domicilio del proveedor, el del lugar en que se produjo el hecho dañoso, el del lugar de la celebración del contrato, el del lugar del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de las partes, o el del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

**Art. 165. Intervención del Ministerio Público.** En las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual, o en contra de ellos, el Ministerio Público Fiscal actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

El juez deberá disponer esta intervención de oficio en el decreto inicial que dé trámite a la demanda, o a pedido de parte si el demandado invoca la existencia de una relación de consumo.

En caso de ausencia de planteo al respecto, pero si el juez estima que la cuestión debatida podría quedar emplazada en dicha categoría, deberá disponer su intervención ante tal eventualidad, en cuyo caso deberá pronunciarse sobre la cuestión al dictar sentencia, sin que la resolución que dispone tal intervención pueda ser considerada como un adelanto de criterio.

En todas las instancias, como último acto previo al dictado de la resolución que corresponda, deberá correrse vista de todo lo actuado al Ministerio público Fiscal a fin de que emita su dictamen.

El Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para proponer medidas de prueba e interponer recursos, sólo en salvaguarda del orden público de las relaciones de consumo.

La falta de intervención del Ministerio Público Fiscal causará la nulidad del proceso, excepto solamente que este último comparezca y ratifique lo actuado, o no plantee la nulidad.

**Art. 166. Intervención de terceros.** En las acciones individuales promovidas por consumidores la intervención de terceros no procede sin pedido o consentimiento expreso del actor.

**Art. 167. Carga de la prueba.** Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. La falta de cumplimiento de este deber será considerada una presunción en su contra.

**Art. 168. Beneficio de justicia gratuita.** Las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita, que se considera comprensivo del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto, excepto en el caso de temeridad o malicia o pluspetición inexcusable.

**Art. 169. Legitimación de las asociaciones de Consumidores.** Las asociaciones de defensa de los consumidores constituidas de acuerdo a lo establecido en esta ley están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses o derechos de los consumidores, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el artículo 120 inciso 4.

**Art. 170. Atribuciones judiciales.** Al dictar sentencia el juez resolverá en base a las pretensiones de las partes de manera razonablemente fundada, ajustándose a una solución más eficaz del litigio.

Igualmente, podrá flexibilizar la congruencia en aras a una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte en el proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores hipervulnerables o cuando se encuentren afectados derechos fundamentales de los consumidores.

#### *Sección 2ª - Procesos colectivos de consumo*

**Art. 171. Legitimación activa.** Tienen legitimación activa:

1. Fundada en derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos, los afectados que demuestran un interés razonable, el Defensor del Pueblo de la Nación y los Defensores del Pueblo de

las Provincias y de los municipios, las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los consumidores reconocidas por la autoridad de aplicación;

2. Con sustento en derechos de incidencia colectiva y difusos, los afectados que demuestran un interés razonable, el Defensor del Pueblo de la Nación y los Defensores del Pueblo de las Provincias, las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los consumidores reconocidas por la autoridad de aplicación, el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, la autoridad nacional de aplicación y las locales.

Los procesos colectivos de consumo en defensa de los derechos de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de la justicia gratuita.

**Art. 172. Presupuestos de admisibilidad.** Para que sea admisible un proceso colectivo de consumo es necesario:

1. Un número razonable de interesados, que dificulte la sustanciación individual de las respectivas pretensiones;

2. Intereses comunes a todos los integrantes de la clase;

3. Argumentos comunes;

4. Representación adecuada que sustentan la pretensión de la clase, acreditada mediante la certificación prevista en el artículo 174.

**Art. 173. Presupuestos de admisibilidad en acciones de daños.** Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos, además de los presupuestos de admisibilidad generales, es necesario que:

1. El enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados;

2. Exista un predominio de las cuestiones comunes de origen fáctico o jurídico, por sobre las individuales.

El procedimiento de mediación previa no resulta de aplicación obligatoria en los procesos colectivos. Pero de agotar las partes dicha instancia ante las autoridades de aplicación de la ley, éstas determinarán los requisitos relacionados con los

## Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

mecanismos de transparencia y adecuada participación de los interesados, que deberán regir el trámite de las audiencias respectivas. Ello, sin perjuicio de la actuación judicial ulterior que resulte pertinente, en caso de no arribarse a acuerdos conciliatorios.

**Art. 174. Certificación de la adecuada representación. Acción promovida por un sujeto de derecho privado.** En el supuesto que el proceso sea iniciado por un sujeto de derecho privado, el tribunal efectuará una evaluación previa de la existencia de representación adecuada, para determinar si el actor cuenta con aptitudes suficientes para garantizar la correcta defensa de los intereses colectivos.

Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta los siguientes parámetros: la experiencia y antecedentes para la protección de este tipo de intereses, y, la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda así como la ausencia de potenciales conflictos de intereses con el grupo afectado o los derechos en juego. La representación adecuada constituye un estándar que deberá ser mantenido a lo largo de todo el proceso, incluyendo las eventuales instancias transaccionales.

**Art. 175. Objeto del proceso colectivo de consumo.** El objeto del proceso colectivo podrá consistir en:

1. La prevención con el fin de evitar la afectación de los derechos de incidencia colectiva o la continuidad futura de la afectación;
2. La reparación de los daños ya producidos;
3. La restitución de sumas percibidas sin derecho por los proveedores. Esas pretensiones podrán acumularse en un mismo proceso.

Cuando se trata de derechos de incidencia colectiva colectivos o difusos, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador de la afectación. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada.

En los casos en que el proceso tuviere por objeto la reparación de los daños el juez podrá, a los fines de la mejor gestión del proceso, individualizar

subclases de consumidores en razón de la existencia de elementos comunes a cada una de ellas.

**Art. 176. Trámite.** Cuando el proceso colectivo tenga por objeto la prevención, podrán tramitarse por vía de amparo colectivo o emplearse cualquier otra vía procesal que sea más adecuada a la satisfacción de los intereses de los consumidores. En estos casos el juez armonizará dichas reglas con las que el Código Civil y Comercial establece para la pretensión de prevención del daño.

Los casos que tengan por objeto la reparación de daños, tramitarán por la vía procesal más adecuada a la satisfacción de los intereses de los consumidores de la jurisdicción que corresponda.

Si se hubieran iniciado varios procesos sobre el mismo objeto, estos serán atraídos y acumulados en el tribunal que primero notificó la existencia del proceso colectivo, sin perjuicio de la notificación ante el Registro de Procesos Colectivos.

En toda cuestión no prevista, y con el objetivo de la mejor tutela de los derechos del consumidor, se aplicará el Código Procesal Civil y Comercial de la jurisdicción que corresponda, o en su caso, la ley que regule el amparo o los procesos colectivos a partir del diálogo de fuentes.

**Art. 177. Notificación pública.** La existencia del proceso colectivo deberá notificarse del modo y por los medios que aseguren, de la mejor manera posible, su efectivo conocimiento. Los legitimados activos deberán acreditar que cuentan con los medios para asegurar su cumplimiento. A tales efectos deberán presentar un proyecto de notificación pública.

Los consumidores que no deseen ser alcanzados por los efectos de la sentencia, deberán expresar su voluntad en ese sentido en un plazo de noventa (90) días, contados a partir de la finalización del funcionamiento del dispositivo dispuesto para la notificación pública de la existencia del proceso.

**Art. 178. Alcances de la sentencia.** La sentencia recaída en un proceso colectivo referido a derechos individuales homogéneos produce efectos “erga omnes”, excepto que la pretensión sea rechazada.

Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa cuando el consumidor optó por quedar fuera.

La sentencia que rechaza la pretensión no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado.

Otro proceso colectivo por la misma causa y objeto puede iniciarse cuando existan nuevas pruebas.

**Art. 179. Contenido de la sentencia.** La sentencia que ponga fin a la acción de incidencia colectiva declarará en términos generales la existencia o no del derecho para la clase.

Si la cuestión tuviese contenido patrimonial, establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación plena.

En los casos en los cuales se reclamen daños o la restitución de sumas de dinero percibidas indebidamente la sentencia, contendrá una condena genérica.

Una vez notificada la sentencia los damnificados podrán solicitar la liquidación de sus daños individuales ante el mismo tribunal por vía incidental. Cada uno de los afectados deberá acreditar sus daños, los que serán cuantificados de manera individual en cada sentencia particular.

Si se trata de la restitución de suma de dinero, ella se hará por los mismos medios en que las sumas fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación. Si éstos no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que la restitución será instrumentada, de la manera que más beneficie al grupo afectado.

**Art. 180. Destino de las indemnizaciones.** Cuando la sentencia condene a pagar daños a intereses individuales homogéneos la regla será que la indemnización se destine en su totalidad a las víctimas conforme el criterio emergente del artículo anterior. Podrá hacerse excepción a esta norma, cuando se trate de atender al aspecto común del interés afectado o a la existencia de un daño progresivo, en cuyo caso el juez podrá promover la creación de un fondo de reparación en cuya administración y gestión establecerá que intervengan todos o alguno de los legitimados activos.

Si el proceso colectivo se basa en intereses colectivos o difusos las indemnizaciones serán destinadas a la constitución de un fondo especial que tendrá por objeto directo la protección de los

consumidores; los afectados, o en su caso, las asociaciones legitimadas activas participarán en su administración y gestión.

En el caso de las sentencias que establezcan el deber de reparar daños en favor de los afectados, si luego de transcurridos dos años desde la fecha de la notificación respectiva, restaren sumas de dinero que no han sido objeto de pedido de liquidación por parte de los afectados individuales, el remanente se destinará a un fondo público destinado a promover los procesos sobre bienes colectivos, administrado por el Defensor del Pueblo, o a la ANCON, de acuerdo a las circunstancias.

**Art. 181. Transacción.** La negociación del acuerdo transaccional estará guiada por el principio de transparencia a cuyos fines el juez podrá instrumentar audiencias públicas.

Del acuerdo transaccional deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los afectados. La homologación requerirá de auto fundado.

El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los afectados individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso, dentro del plazo que ordene la sentencia respectiva, que nunca podrá ser inferior a sesenta (60) días. El plazo comenzará a correr al día siguiente a su inscripción en el Registro de Procesos Colectivos, a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o quien en el futuro lo tenga a su cargo. La representación adecuada podrá ser sustituida por razones fundadas, y en su caso, nombrarse nuevos representantes por parte del juez, a los fines de cumplir con el referido principio durante todas las instancias del proceso.

**Art. 182. Audiencias públicas.** En cualquier instancia del proceso el juez podrá disponer la realización de audiencias públicas con fines informativos, probatorios o para evaluar la representación adecuada o durante el proceso de transacción.

## Capítulo 6 - Prescripción liberatoria

**Art. 183. Acciones judiciales.** Las acciones judiciales para el ejercicio de los derechos de consumidores prescriben en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se

# Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

fijen plazos de prescripción menores, rige el plazo establecido en este artículo.

El curso de la prescripción se interrumpe por la iniciación de actuaciones administrativas, efecto que se mantiene hasta la terminación de esta instancia.

La interrupción y la suspensión del curso de la prescripción producen efectos expansivos, respecto de los otros proveedores, obligados concurrentes.

Las acciones judiciales promovidas por proveedores en contra de consumidores prescriben en los plazos establecidos en las leyes generales o especiales, excepto que éstos sean superiores a tres (3) años, caso en el cual se aplica el plazo trienal.

La acción para la ejecución de las multas administrativas derivadas de la presente ley prescriben a los cinco (5) años.

**Art. 184. Acciones administrativas.** Las acciones administrativas emergentes de la presente ley prescriben en el plazo de tres (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones de similar naturaleza, o por el inicio de las actuaciones administrativas; en este último caso, el efecto interruptivo del curso de la prescripción permanece hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión, con autoridad de cosa juzgada.

## TÍTULO VI DISPOSICIONES FINALES

**Art. 185. Derogación.** Derógase la Ley 24.240 en su texto actualmente vigente.

**Art. 186. De forma.** Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1RA. QUINCENA DE MARZO DE 2019  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA